Strafmilderung und Strafschärfung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch verglichen mit dem geltenden Recht

---

Inauguraldissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Sigmund Aichinger

aus München.

Approbiert am 10. Mai 1912.

München

G. Franz'sche Hofbuchdruckerei (G. Emil Mayer)

1912.

289

Referent: Univ.-Professor Dr. Philipp Allfeld.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung, Begriff der Strafmilderung und Strafschärfung 1

Erster Hauptteil. Strafmilderung.

1. Allgemeine Milderungsgründe, die dem Strafgesetzbuch und dem Vorentwurf gemeinsam sind.
   a) Jugend 5
   b) Versuch und Beihilfe 13
2. Allgemeine Milderungsgründe des Vorentwurfs, die dem Gesetz fremd sind.
   a) Strafrechtsirrtum 14
   b) Geminderte Zurechnungsfähigkeit 17
   c) Ueberschreitung der Notwehr 25
   d) Besonders leichte Fälle 27
3. Die mildernden Umstände 30
4. Die besonderen Milderungsgründe des besonderen Teils 33

Zweiter Hauptteil. Strafschärfung.

1. Allgemeine Schärfungsgründe des Vorentwurfs, die in besonderen Schärfungsgründen des Gesetzes ein Vorbild haben.
   a) Gewinnsucht 37
   b) Rückfall 39
   c) Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit 50
   d) Ehrlose Gesinnung 56
2. Allgemeine Schärfungsgründe, die dem Gesetz fremd sind.
   Bei Roheit, Bosheit oder Verworfenheit der Tat und Aussichtslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs Schärfung der Gefängnis- und Zuchthausstrafe . . 58
3. Besonders schwere Fälle 64
4. Die besonderen Schärfungsgründe des besonderen Teils 68

Dritter Hauptteil.

Ergebnis des Vergleichs 77

Anhang: Uebersicht 83

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0102

Literatur.

Allfeld, Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. (Beiträge zur Strafrechtsreform 1909/10.)

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. (Rektoratsrede 1903.)

Aschrott, Strafen, sichernde Massnahmen, Schadensersatz. (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches von Aschrott und Liszt, Berlin 1910.)

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1907.

v. Birkmeyer, Das Strafrecht. (Enzyklopädie, 2. Aufl. 1904.)

v. Birkmeyer, Strafen und sichernde Massnahmen im Vorentwurf. (Leipzig, Engelmann, 1910.)

v. Birkmeyer, Was lässt Liszt vom Strafrecht übrig? (Beiträge zur Strafrechtsreform 1909/10.)

van Calker, Die Reform der Gesetzgebung im Strafrecht und Strafprozess. (Vorträge der Gehestiftung, Dresden, Leipzig, Teubner, 1910.)

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Frank, Strafausschliessungs- und Milderungsgründe. (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches von Aschrott und Liszt, Berlin 1910.)

Göring, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch und die Wünsche eines Psychiaters. (Kritische Studie, Stuttgart 1909.)

Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung. 1890.

v. Hippel, Irrtum. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. 5.)

Holtzendorff, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1871.

Hückel, Der Begriff der Strafänderung. Stuttgart 1902.

Kahl, Geminderte Zurechnungsfähigkeit. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. I.)

Liepmann, Die Kriminalität der Jugendlichen und ihre Bekämpfung. (Vortrag, Tübingen 1909.)

v. Lilienthal, Strafen und Strafensystem. (DJZ 1910. XV.)

v. Lilienthal, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. (ZStW 30.)

Lippmann, Die richterliche Strafänderungsbefugnis. (Nördlingen 1862.)

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1911.

v. Liszt, Strafbemessung. (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs von Aschrott und Liszt, Berlin 1910.)

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1911/12.

Mitermaier, Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XXX, 6.)

Oetker, Notwehr und Notstand. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. II.)

Oetker, Strafen und sichernde Massnahmen, Stuttgart 1910.

Oetker, Strafrechtliche Behandlung jugendlicher Personen. (Gerichtssaal, Bd. LXXIII.)

v. Overbeck, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, XXIII, 1.)

Radbruch, Die Strafänderung. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A. III.)

Rolffs, Das Strafverfahren gegen Jugendliche nach dem Entwurf zur StPO und dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. (Gerichtssaal, LXXV.)

Schütze, Lehrbuch des norddeutschen Strafrechts, 1871.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1911.

Einleitung.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich stammt aus dem Jahre 1871. Dem Geiste nach aber ist es schon bedeutend älter, denn man bemühte sich damals nicht, ein neues, der Zeit entsprechendes Strafrecht zu schaffen, sondern übernahm in der Hauptsache den Inhalt des preussischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1851. Dieses Gesetzbuch hinwiederum baut sich auf dem noch älteren Code pénal auf. Es ist daher begreiflich, dass unser geltendes Strafrecht vieles enthält, was schon bei seinem Inkrafttreten, noch mehr aber heute von der Zeit überholt ist. Daraus entstand das stets wachsende Bedürfnis nach einem neuen, der modernen Auffassung angepassten Strafgesetzbuch. Das Reichsjustizamt hat deshalb im Jahre 1909 einen Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch herausgegeben, der unser Strafgesetzbuch durch ein neues, inhaltlich stark verändertes ersetzen will. Dieser Vorentwurf soll in seiner gegenwärtigen Gestalt noch nicht Gesetz werden, er soll vielmehr die Kritik herausfordern, zu den von ihm ausgesprochenen Vorschlägen Stellung zu nehmen, und soll so die Mitarbeit weiterer Kreise anregen. Dies ist auch vollauf gelungen, denn in unzähligen Einzelschriften, in den Tages- und Fachzeitungen, in Versammlungen und Vorträgen hat ein grosser Teil der Juristenwelt, in erster Linie viele namhafte Rechtsgelehrte, zu den Neuerungen des Vorentwurfs Stellung genommen. Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt haben sogar gemeinsam einen Gegenentwurf zum Vorentwurf geschaffen, um durch positive Mitarbeit die Strafrechtsreform zu fördern. Der Vorentwurf wurde im einzelnen vielfach nicht beifällig aufgenommen, immerhin wurden fast allgemein seine erheblichen Fortschritte anerkannt, und die Kritik ist sich darüber einig, dass er gut die Grundlage für das künftige deutsche Strafgesetzbuch bilden könne. Fast alle Gebiete hat der Vorentwurf

im Sinne der gegenwärtigen Anschauungen ausgestaltet, besonders stark verändert und erweitert wurde die Strafmilderung und die Strafschärfung. Diese beiden im Vorentwurf und Strafgesetzbuch zu vergleichen, kann daher viel Interessantes bieten, um so mehr, als sie ihrer Natur nach das ganze Strafrecht umfassen und gerade die wichtigsten, neuerdings am meisten umstrittenen Fragen des Strafrechts berühren. Zunächst wollen wir den Begriff der Strafmilderung und Strafschärfung feststellen. Im ersten Hauptteil sollen sodann die allgemeinen und besonderen Milderungsgründe des Vorentwurfs mit denen des geltenden Rechts verglichen werden, im zweiten Hauptteil soll das gleiche mit den Strafschärfungsgründen geschehen. Im letzten Teil wollen wir zeigen, welche neuen rechtlichen Grundgedanken in den Veränderungen bei Strafmilderung und Strafschärfung im Vorentwurf gegenüber dem Gesetz zum Ausdruck kommen.

Strafschärfung und Strafmilderung sind Bezeichnungen, die von dem weiteren Begriff Strafänderung umfasst werden. Was ist Strafänderung? Sie ist das Hinausgehen nach Grösse und Umfang der Strafe über das gewöhnliche Mass in der einen oder anderen Richtung, also nach unten oder oben, je nachdem die Strafe gemildert oder geschärft werden soll[1]). Da die Strafänderung nur dann eintreten darf oder muss, wenn vom Gesetz ausdrücklich vorgeschriebene Gründe vorliegen, so wird sie auch als der vom Richter durch einen ausnehmenden Rechtssatz auf ganz bestimmte Gründe hin gestattete oder gebotene Tausch der gesetzlich regelmässigen mit einer schärferen oder milderen Strafe bezeichnet[2]). Der Richter geht über die Grenzen der ordentlichen Strafe in der einen oder anderen Richtung hinaus; er ändert entweder bei gleicher Strafart die Strafgrösse oder er verwendet eine leichtere bzw. schwerere Strafart oder endlich er fügt bei Schärfung eine Nebenstrafe hinzu. Meistens werden die genannten Arten der Strafänderung gleichzeitig angewendet. Strafschärfung und Strafmilderung können nicht ein bestimmtes Gebiet unter strengem Ausschluss alles übrigen umgrenzen, sie haben nicht den Charakter eines präzisen juristischen Begriffs[3]). Oft

---

[1]) Siehe Meyer-Allfeld S. 350.

[2]) Siehe Binding, Grundriss S. 271.

[3]) Gegen den Begriff der Strafänderung wendet sich grundsätzlich Hückel („Der Begriff der Strafänderung", Stuttgart 1892).

kann man zweifeln, ob man es nicht etwa mit besonderen Tatbestandsmerkmalen oder mit anderen Deliktsformen zu tun hat. Die Verwirrung wird noch dadurch vergrössert, dass nicht selten die Bezeichnungen Strafmehrung und -minderung, die zur Strafzumessung gehören, in der juristischen Literatur fälschlicherweise an Stelle der Bezeichnungen Strafschärfungen und Strafmilderungen und umgekehrt verwendet werden. Die in manchen wichtigen Punkten umstrittene Frage, ob dieses oder jenes unter die Strafänderung zu rechnen sei oder nicht, wollen wir, da unsere Aufgabe dies nicht verlangt, in den Hintergrund treten lassen. Wir wollen nur bei Versuch und Beihilfe darauf eingehen. Im übrigen wird alles das und nur das als Milderung und Schärfung angesehen, was wir einander gegenüberstellen [1]).

[1]) Die geschichtliche Entwicklung der Strafänderung siehe Lippmann: „Die richterliche Strafänderungsbefugnis". 1863.

Erster Hauptteil.

Strafmilderung.

1. Allgemeine Milderungsgründe, die dem Strafgesetz und dem Entwurf gemeinsam sind: Jugend, Versuch und Beihilfe.

StGB § 57: Wenn ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besass, so kommen gegen ihn folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1. ist die Handlung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so ist auf Gefängnis von 3 bis 15 Jahren zu erkennen;
2. ist die Handlung mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so ist auf Festungshaft von 3 bis zu 15 Jahren zu erkennen;
3. ist die Handlung mit Zuchthaus oder mit einer anderen Strafart bedroht, so ist die Strafe zwischen dem gesetzlichen Mindestbetrage der angedrohten Strafart und der Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe zu bestimmen.

   Ist die so bestimmte Strafe Zuchthaus, so tritt Gefängnisstrafe von gleicher Dauer an ihre Stelle;
4. ist die Handlung ein Vergehen oder eine Uebertretung, so kann in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden;
5. auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht ist nicht zu erkennen.

   Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüssung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.

VE § 68: Nicht strafbar ist, wer bei Begehung der Handlung das 14. Lebensjahr nicht vollendet hat.

VE § 69: Hatte der Täter zur Zeit der Tat das 18. Lebensjahr nicht vollendet, so sind hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) anzuwenden, doch darf auf lebenslängliches Zuchthaus nicht erkannt werden. Ist die danach bestimmte Strafe Zucht-

haus, so tritt Gefängnisstrafe von gleicher Dauer an ihre Stelle. Auf Verschärfung des Strafvollzugs (§ 18), Arbeitshaus (§ 42), Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 46 bis 49) und Aufenthaltsbeschränkung (§ 53) ist nicht zu erkennen.

Erscheint die Tat hauptsächlich als Folge mangelhafter Erziehung oder ist sonst anzunehmen, dass Erziehungsmassregeln erforderlich sind, um den Täter an ein gesetzmässiges Leben zu gewöhnen, so kann das Gericht neben oder an Stelle einer Freiheitsstrafe seine Ueberweisung zur staatlich überwachten Erziehung anordnen. Die Art und Dauer der Erziehungsmassregeln bestimmen sich nach den hierfür bestehenden Gesetzen, doch kann das Gericht die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt vorschreiben.

VE §70: Die Freiheitsstrafen gegen Jugendliche sind in besonderen, für sie ausschliesslich bestimmten Anstalten oder Abteilungen zu vollstrecken. Dabei sind die voll zurechnungsfähigen Jugendlichen von vermindert zurechnungsfähigen vollständig abzusondern. Freiheitsstrafen gegen vermindert zurechnungsfähige Jugendliche können auch in staatlich überwachten Erziehungs-, Heil- oder Pflegeanstalten vollzogen werden.

a) Jugend.

Der einzige allgemeine Strafmilderungsgrund unseres geltenden Rechts ist das jugendliche Alter (§ 57), das als solcher im Entwurf wiederkehrt, wenn auch vielfach abgeändert und räumlich eingeschränkt. Schon bei der Altersgrenze weicht der Vorentwurf vom Gesetz ab. Während das Geltungsgebiet der Strafmilderung bisher mit dem vollendeten 12. Lebensjahre begann, um beim vollendeten 18. Lebensjahr der vollen Strafbarkeit zu weichen, beginnt es im Vorentwurf erst im vollendeten 14. Lebensjahr[1]). Diese Aenderung entspricht einer alten Forderung der Wissenschaft und Praxis, der auch der schweizerische Entwurf, das norwegische Strafgesetzbuch u. a. zustimmen. Sie wird auch von der internationalen kriminalistischen Vereinigung, dem deutschen Juristentag und der Vereinigung deutscher Strafanstaltsbeamter befürwortet[2]). Bei einem der-

[1]) Die obere Grenze vom 18. auf das 21. Lebensjahr hinaufzusetzen schien nicht empfehlenswert, da die Statistik gerade eine sehr starke Beteiligung der zwischen 18 und 21 Jahren zeigt. Vgl. Klein, Gutachten, S. 106 und 107.

[2]) Dafür sind: Allfeld (Der Einfluss der Gesinnung, S. 117, Nr. 1), Aschaffenburg (D. Med. Woch. Sonderabdruck 1909, 25), Bloch (Concordia 17,141), v. Calker (ZStW 30, 288),

artigen Jugendlichen ist an sich schon sehr oft zweifelhaft, ob er bereits so weit zurechnungsfähig ist, dass überhaupt eine Schuld vorliegen kann; wenn er aber wirklich zurechnungsfähig sein sollte, dann ist sicherlich die Strafe, und besonders die Freiheitsstrafe, nicht das richtige Mittel, um in dem jungen Täter die Neigung zur strafbaren Handlung zu unterdrücken oder gar ihn zu bessern. Jugendliche dieses Alters können wegen ungenügender Entwicklung des Charakters und des Ehrgefühls noch nicht eine abschreckende, beschämende oder gar läuternde Wirkung der Strafe empfinden, im Gegenteil, die Folge wird fast regelmässig eine schnelle Abstumpfung gegen Strafe sein, der Strafzweck wird verfehlt, und zu dem alten Uebel höchstens noch ein weiteres hinzugefügt werden. Alle Bedenken, die sich gegen die Bestrafung Jugendlicher anführen lassen, steigern sich bei dieser Altersklasse in so hohem Masse, dass der Entwurf mit Recht fordert, das Strafgesetz soll sich mit diesen Jugendlichen noch nicht befassen und ihre Behandlung besser anderen Faktoren, wie z. B. der vormundschaftlichen oder freiwilligen Fürsorgeerziehung, überlassen. Es empfindet ja auch die Gesellschaft bei diesen Kindern nicht wie sonst regelmässig, dass hier im Interesse der Wahrung der Gesetze das Uebel durch Strafe gesühnt werden müsse, sondern hält sicherlich andere Massregeln für nützlicher.

Unser Strafgesetzbuch setzt für die Strafbarkeit der Jugendlichen voraus, dass „die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ vorhanden ist. Diese Vorschrift ist aus dem Code pénal entnommen und ist eine Nachwirkung der rationalistischen, einseitig intellektualistischen Pädagogik des 18. Jahrhunderts, einer Pädagogik, deren Grundsätze längst nicht mehr gelten [1]). Das Erfordernis der zur Erkenntnis der

---

Cramer (Münch. Med. Woch. 1910, 365), Frank (Ref. I 268 bis 270), Hoegel (Seuff. Bl. 75, 232), Kahl (DJZ 15, 790), Kitzinger (ZStW 31, 226), Kriegsmann (Kiel. N. N. 9. 1. 10), Leonhard (Recht 14, 788 und 789), Leppmann (Bericht Pr. MedBV 27), v. Lilienthal (ZStW 30, 248), v. Liszt (ZStW 30, 258), Reichardt (Bl. f. Gefängnisk. 44, 28), Gegenentwurf § 16.

Lang (Soz. Monatsh. 1910, 115, 425), Weinberg (Neue Zeit. 1910, 726), Vorwärts (19./21. 11. 9) wollen die Grenze von 16 Jahren; gegen jede Erhöhung der Grenze des geltenden Rechts: v. Birkmeyer (Beiträge I, 56) und Köhler (Hirths Ann. 43, 194).

[1]) Siehe Liepmann, Vortrag, Tübingen 1909: „Die Kriminalität der Jugendlichen und ihre Bekämpfung“, S. 6.

Strafbarkeit erforderlichen Einsicht gehört deshalb zu den Bestimmungen unseres Strafgesetzbuchs, die seit dessen Bestehen mit Recht fast allgemein angefochten werden. Der Gesetzgeber greift damit ohne ersichtlichen Grund eine von den vielen Voraussetzungen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit heraus und betont sie ausdrücklich. Lediglich das Unterscheidungsvermögen zwischen strafbarer und nicht strafbarer Handlung soll massgebend sein. Durch diese einseitige, unklare Vorschrift wird der Richter verleitet, entweder schematisch das Unterscheidungsvermögen regelmässig zu bejahen oder nur auf das Vorhandensein dieses einen Erfordernisses zu achten, die Prüfung aller übrigen, für die Zurechnungsfähigkeit ebenso unentbehrlichen Eigenschaften aber zu übersehen[1]). Wenn es der Gesetzgeber schon für notwendig hält, das Unterscheidungsvermögen zwischen strafbarer und nichtstrafbarer Handlung ausdrücklich vorauszusetzen, so hätte er das gleiche tun müssen mit allem übrigen, was nach moderner Auffassung die geistige Entwicklung ausmacht, wie z. B. mit der sittlichen Reife und Willensreife, mit dem allgemeinen geistigen Niveau, der Orientierungsfähigkeit, der Erfahrung und Erinnerungsfähigkeit[2]). Rolffs[3]) geht allerdings zu weit, wenn er behauptet, dass bei Vorhandensein des auf die Strafbarkeit gerichteten intellektuellen Unterscheidungsvermögens trotz anderer Mängel der Jugendliche unbedingt verurteilt werden müsse, denn diese

---

[1]) Die Zurechnungsfähigkeit wird, wie Frank, Kitzinger und v. Liszt im Widerspruch zum Wortlaut des Vorentwurfs richtig betonen, nicht nur durch pathologische Zustände wie Geisteskrankheit, Blödsinn und Bewusstlosigkeit ausgeschlossen, sondern auch durch mangelnde geistige Entwicklung, denn durch diese werden ebenso wie durch die genannten pathologischen Zustände die beiden allgemein anerkannten positiven Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit, ein gewisses Mass von Einsicht und Willensfähigkeit, ausgeschlossen. Frank (Ref. I, 273), Kitzinger (ZStW 31, 226 und 227), v. Liszt (Berl. Lok.-Anz. 31. 10. 9 und ZStW 30, 258).

Richtig F. Calker: Das intellektuelle Moment wird auf Kosten der allgemeinen Erfordernisse der geminderten Zurechnungsfähigkeit allzu einseitig betont. (Die Reform der Gesetzgebung in Strafrecht und Strafprozess in Vorträgen der Gehestiftung zu Dresden.)

[2]) Richtig Rolffs in „Das Strafverfahren gegen Jugendliche nach dem Entwurf zur Strafprozessordnung und dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch". (Gerichtssaal, LXXV, 256, 257.)

[3]) Siehe daselbst.

Mängel kann der Richter jederzeit unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit berücksichtigen. Da jedoch die Bestimmung des Gesetzes den Richter bei der Beurteilung der Jugendlichen in bezug auf die Zurechnungsfähigkeit leicht auf einen einseitigen Standpunkt stellt, haben die Verfasser des Vorentwurfs mit Recht diese Bestimmung weggelassen, um so bei den Jugendlichen die Frage nach dem Grad der geistigen Entwicklung nicht mehr durch die Hervorhebung eines einzelnen Punktes zu verwirren, sondern eine ebenso gleichmässige Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit wie bei Erwachsenen zu gewährleisten.

Der Gegenentwurf verlangt im § 16 für die Strafbarkeit der Jugendlichen, dass diese zur Zeit der Handlung die Fähigkeit besassen, die Bedeutung der Handlung für die Rechtsordnung und ihre Tragweite für den Täter richtig zu würdigen. Er will damit eine der allgemein bekämpften „erforderlichen Einsicht" unseres geltenden Rechts ähnliche Voraussetzung schaffen. Die Wiedereinführung einer solchen erscheint nur daraus erklärlich, dass bei der allzu engen Begriffsbestimmung der Unzurechnungsfähigkeit im Vorentwurf und Gegenentwurf[1]) eine derartige Strafbarkeitsbedingung bei den Jugendlichen nicht entbehrt werden kann, wenn nicht Jugendliche, denen man dann die Zurechnungsfähigkeit nicht absprechen könnte, unbillig hart behandelt werden sollen[2]). Dieser Mangel des Vorentwurfs würde vom Gegenentwurf unter Beibehaltung der einschlägigen Bestimmungen gegen die Jugendlichen (§ 69 VE) viel besser dadurch beseitigt, dass man auch durch mangelnde geistige Entwicklung Unzurechnungsfähigkeit begründen liesse.

§ 56 StGB bestimmt, dass der jugendliche Uebeltäter in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden könne, falls er wegen mangelnder Einsicht nach § 56 Abs. 1 freigesprochen werden muss. Zwangserziehung ist also nur zulässig bei Freisprechung wegen mangelnden Unterscheidungsvermögens. Nur die gemilderte Strafe hält das Gesetz im allgemeinen für eine zweckmässige Massregel gegen den schuldhaften jugendlichen Uebeltäter. Das Delikt ist beim Jugendlichen in der Regel auf den mehr oder minder fühlbaren Mangel einer entsprechenden Erziehung zurückzuführen. Wenn man aber das Uebel wirksam in seinem Keim treffen will, so kann das nur durch Erziehungs-

---

[1]) § 69 VE, § 16 GE.

[2]) Siehe unten S. 21 und 22.

massregeln, nicht aber durch Strafe geschehen. Die Strafe will das durch das Delikt entstandene Uebel ausgleichen. Diesen Zweck verfehlt sie aber bei den Jugendlichen in der Regel, sie wird zudem nicht recht verstanden, sie hindert die Entwicklung und erschwert wegen des Makels, der durch die Strafe aufgedrückt wird, die Rückkehr zur rechtmässigen Lebensweise und ein geeignetes Fortkommen. Demgegenüber ist die Erziehung das ethisch viel höher stehende und sozial wirksamere Mittel zur Bekämpfung der Kriminalität unter den Jugendlichen. Gerade da, wo ihr Mangel es war, der den Keim der verbrecherischen Gesinnung heranreifen liess, ist oft zu erwarten, dass wirksame und nützliche Arbeit geleistet wird, wenn man sie nachholt[1]). Für wahlweise Zulassung der Erziehung an Stelle oder neben Strafe spricht endlich, wie Allfeld[2]) mit Recht ausdrücklich betont, dass es verfehlt ist, bei den Jugendlichen das Vergeltungsprinzip streng zu befolgen. Die Erziehung ist nicht schlechthin mit dem Vergeltungsprinzip unvereinbar. Auch bisher ist der in der Strafgesetzgebung anerkannte Vergeltungsgedanke nicht so streng durchgeführt, dass die Schuld Vergeltung durch Strafe unter allen Umständen erfahren muss, Strafe ist auch jetzt vielfach nur dann vorgesehen, wenn eine Gegenwirkung anderer Art nicht genügend erscheint. Diesem richtigen Grundgedanken will der Vorentwurf noch mehr zur Anerkennung verhelfen, wenn er bei den Jugendlichen die Strafe durch Erziehungsmassregeln ersetzt. Bei einem Verzicht auf Strafe zugunsten der Erziehung ist nicht zu befürchten, dass die Autorität der Rechtsordnung erschüttert werde, denn die Rechtsgenossen verlangen in vielen Fällen gar nicht Vergeltung durch Strafe. Die Verfehlungen jugendlicher Personen werden häufiger mit dem Gefühl des Bedauerns als mit Entrüstung aufgenommen, und es wird daher viel mehr befriedigen, wenn der Staat erzieht und bessert, als wenn er straft. Wenn man dem Richter die Wahl zwischen Erziehung und Strafmilderung lässt, besteht übrigens hinreichende Sicherheit, dass nur solche Elemente, bei denen die Erziehung einigen Erfolg verspricht, dieser teilhaftig werden, die ausgeprägt ver-

[1]) Richtig Liepmann, Vortrag, Tübingen 1909: „Die Kriminalität der Jugendlichen und ihre Bekämpfung", S. 12 und 13, und v. Oetker: „Strafrechtliche Behandlung jugendlicher Personen". (Gerichtssaal, LXXIII, 6.)

[2]) Siehe Allfeld: „Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung", S. 115 ff.

brecherisch Gesinnten und gegen alle bessernden Einwirkungen Verstockten aber den strengen Arm des Gesetzes durch Strafe empfindlich fühlen müssen. Dieser Teil der Jugendlichen hat, wie Leonhardt[1]) mit Recht sagt, wohl im hohen Masse das ungebrochene Gefühl, dass auf das Delikt notwendig Strafe folgen müsse.

Von derartigen Gedanken ausgehend, haben sich die Verfasser des Vorentwurfs zu Neuerungen in dieser Richtung entschlossen, die im Prinzip von der Juristenwelt gebilligt werden. § 69 Abs. II S. 1 VE lautet: „Erscheint die Tat hauptsächlich als Folge mangelhafter Erziehung oder ist sonst anzunehmen, dass Erziehungsmassregeln erforderlich sind, um den Täter an ein gesetzmässiges Leben zu gewöhnen, so kann das Gericht neben oder an Stelle einer Freiheitsstrafe seine Ueberweisung zur staatlich überwachten Erziehung anordnen[2])". Die bisherige Strafmilderung wird also vielfach nicht mehr allein und nicht mehr in allen Fällen angewendet, sondern muss ihr Geltungsgebiet nicht selten den Erziehungsmassregeln räumen. Der Richter kann dadurch das Hauptziel, die Zurückführung zu einem gesetzmässigen Leben, mit einem weniger scharfen Mittel anstreben. Nun ist es auch nicht mehr nötig, gegen Jugendliche wegen verhältnismässig leichter Verfehlungen, die oft nur der Unerfahrenheit und dem Leichtsinn ihres Alters entspringen, mit Strafen, vielleicht sogar mit Freiheitsstrafen, vorzugehen und ihnen mindestens durch die Verurteilung, wenn nicht gar durch die Abbüssung, einen bleibenden Makel für das spätere Leben anzuheften[3]).

Eine Abänderung haben im Vorentwurf auch die Bestimmungen erfahren, in welcher Weise die normalen Strafen des besonderen Teils bei den Jugendlichen gemildert werden sollen. Das geltende Recht hat die Strafen ausdrücklich im § 57 festgesetzt. Die Strafbestimmungen des Vorentwurfs weichen schon rein äusserlich davon ab (§ 69 Abs. I VE). Als prinzipielle Norm wird die Versuchsstrafe[4]) durch § 76 des Vorentwurfs aufgestellt, die nur insoweit abgeändert ist, als auch der Entwurf die lebenslängliche Zuchthausstrafe für Jugendliche aus-

[1]) DJZ 1909, S. 342 ff.

[2]) Weniger gut will der Gegenentwurf nur Strafe oder Erziehung (§ 17).

[3]) Richtig Reinhard Frank: „Strafausschliessungs- und -Milderungsgründe" (Ref. I, 271 und 272).

[4]) Ebenso im Gegenentwurf (§ 16).

schliesst. Durch die Verwendung der Versuchsstrafe für die Jugendlichen wird der ausserordentliche Strafrahmen dem geltenden Recht gegenüber bedeutend erweitert. Die Strafmilderung kann nach dem Vorentwurf gleich Null sein, da der Richter nur angewiesen ist, die Strafe milder zu gestalten als die ordentliche, und ihn deshalb nicht hindert, z. B. die mehrjährige Höchststrafe des in Betracht kommenden ordentlichen Strafrahmens nur um einen Tag zu ermässigen. Objektiv betrachtet, besteht also die Gefahr, dass gegen die Jugendlichen sehr lange Freiheitsstrafen, die den Verurteilten ganz gegen das verfolgte Prinzip ziemlich weit in das spätere Leben hinein festhalten, ausgesprochen werden, so dass die Strafmilderung, praktisch genommen, in vielen Fällen aus einer obligatorischen zu einer fakultativen würde[1]). Die bisherige Rechtssprechung lässt aber derartige Befürchtungen nicht aufkommen, da unsere Richter sogar beim Fehlen von strafmildernden Gründen sich daran gewöhnt haben, die gewöhnlichen, als Normalfälle zu betrachtenden Rechtsbrüche mit Strafen zu sühnen, die in der Regel der unteren Grenze des Strafrahmens ziemlich nahekommen und selten die Mitte überschreiten. Nach oben ist der ausserordentliche Strafrahmen dadurch begrenzt, dass der Vorentwurf analog dem geltenden Recht eine Schärfung der Strafe durch die erst in dem Entwurf neu aufgenommenen Schärfungen des Strafvollzugs durch Nebenstrafen oder auch nur durch sichernde Massnahmen verbietet, da hiedurch die angestrebte Strafmilderung zum Teil wieder ausgeglichen würde oder die genannten Massregeln zum Teil ihrer Natur nach schlechthin unanwendbar wären. Nicht minder grossen Spielraum bietet der Strafrahmen der Jugendlichen nach unten. Abgesehen von den ganz schweren Delikten besteht für den Richter nirgends eine untere Grenze für Strafgrösse und Strafart. Der Richter kann also die Strafe ganz willkürlich mildern, in besonders leichten Fällen (§ 83 VE) ist er sogar befugt, von Strafe ganz abzusehen. Der von vielen geäusserte Wunsch[2]), kurze Freiheitsstrafen bei den Jugendlichen zu vermeiden, da sie den Sträfling nicht erzieherisch beeinflussen könnten, keinen nachhaltigen Eindruck machten und deshalb bald vergessen würden, wurde vom Vorentwurf

---

[1]) Siehe Reinhard Frank: „Strafausschliessungs- und -Milderungsgründe“ (Ref. I, 276).

[2]) So Reinhard Frank, Köhne u. a. (Ref. I, 276).

nicht berücksichtigt. Oetker[1]) weist mit Recht darauf hin, dass diese Wünsche nur aus einer Verwechslung von Strafe und Erziehung entstanden sein können und um so weniger berechtigt sind, als der Vorentwurf für die Erziehung neben Strafe an anderer Stelle (§ 69 Abs. II) gesorgt hat. Der Verweis, eine im geltenden Recht nur für die Jugend bestimmte, besonders leichte Strafart ist im Vorentwurf nicht mehr eigens angeführt, da er nun zu einer allgemein anwendbaren Strafart geworden ist und als solche nach den Bestimmungen über die Versuchsstrafe voraussichtlich auch jetzt noch bei den Jugendlichen häufig verwendet werden wird. Zum Schluss wäre noch zu erwähnen, dass der Vorentwurf die Vorschriften des geltenden Rechts (§ 57 Zusatz), die Jugendlichen sollten ihre Strafen getrennt von den anderen Sträflingen abbüssen, dahin erweitert hat, dass unter ihnen wiederum im Interesse eines rationellen Strafvollzugs die voll Zurechnungsfähigen von den minder Zurechnungsfähigen abgesondert werden müssen (§ 70). Die Freiheitsstrafen gegen vermindert zurechnungsfähige Jugendliche, bei denen die an sich schon gemilderte Strafe wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit noch einmal gemildert wird, können in staatlich überwachten Erziehungs-Heil- und Pflegeanstalten vollzogen werden, da bei dieser Gattung von Tätern der Strafzweck neben der Erziehung mehr in den Hintergrund tritt und eine individuelle Behandlung durch besonders geschulte Organe in diesen Anstalten viel leichter durchgeführt werden kann als in den Strafanstalten.

Die Strafmilderung wegen Jugend ist, wie sich aus obigem ergibt, obwohl an dem alten grundlegenden Gedanken festgehalten wurde, durch den Vorentwurf in ihrer Art und Weise, in Umfang und Voraussetzungen gründlich verändert worden. Um den Fortschritt, der bei der Strafmilderung wegen Jugend im Vorentwurf gegenüber dem geltenden Recht gemacht wurde, erst richtig würdigen zu können, müsste man gleichzeitig die vielen anderen strafrechtlichen Bestimmungen, die für die Jugendlichen wichtig sind, wie die bedingte Strafaussetzung, die besonders leichten Fälle, die mildernden Umstände, die verminderte Zurechnungsfähigkeit usw., sowie die einschlägigen prozessualen Neuerungen in der kommenden Strafprozessordnung, wie z. B. die teilweise Aufgabe des Legalitätsprinzips den Jugendlichen gegenüber, zur Beurteilung heranziehen. Das ginge jedoch weit über Ziel und Umfang dieser Arbeit

[1]) Siehe Gerichtssaal, LXXIII, 6.

hinaus, und es muss daher auf die zahlreiche jüngst erschienene Literatur auf diesem Gebiete verwiesen werden.

b) Versuch und Beihilfe.

Vorentwurf die §§ 75, 76, 77, 79 und 80.
Strafgesetzbuch §§ 43, 44, 45, 46, 49 und 50.

Von vielen werden ausser der Jugend Versuch und Beihilfe als allgemeine Strafmilderungsgründe bezeichnet[1]). Die Einreihung derselben unter die Milderungsgründe ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Strafe hiefür genau so wie bei wirklichen Milderungsgründen in einer Milderung der Strafe desjenigen Delikts besteht, das versucht wird bzw. dem Beihilfe geleistet wird. Diese äussere Gleichheit mit den Strafmilderungsgründen wird im Vorentwurf noch erhöht, weil bei den Strafmilderungsgründen Jugend, geminderte Zurechnungsfähigkeit und Ueberschreitung der Notwehr hinsichtlich der Bestrafung der Kürze und Einheitlichkeit wegen die Vorschriften über den Versuch gelten. In Wirklichkeit sind Versuch und Beihilfe minder strafbare Formen des betreffenden Delikts, ebenso wie die Fahrlässigkeit, die früher auch unter die Milderungsgründe gerechnet wurde, eine minder strafbare Form ist[2]). Versuch und Beihilfe sind nicht Nebenumstände, die eine mildere Bestrafung begründen, die wir uns aber jeden Augenblick wegdenken können, ohne dadurch das Vorhandensein des Delikts in Frage zu stellen, sie sind in ihrer ganzen Wesenheit selbst die Form des Delikts, die wir nicht verneinen können, ohne das Delikt selbst zu verneinen. Auch die Ausdrucksweise der Urteile — wurde wegen Versuchs des Betrugs, wurde wegen Beihilfe zum Betrug . . . verurteilt — beweist uns, dass sie selbständige Deliktsformen sind, und dass sie sich scharf unterscheiden von wirklichen Milderungsgründen, die im Urteil in vollständig anderer Form zum Ausdruck kommen. Beide sind für uns aus der Reihe der Milderungsgründe ausgeschieden und werden deshalb hier nicht weiter berücksichtigt.

---

[1]) So von Liszt (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., S. 281), von Birkmeyer (Enzyklopädie, S. 1152), Finger (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 520 bis 522); auch die Begründung spricht beim Versuch mehrfach von Strafmilderungsrecht und Strafmilderung (S. 288 und 296), bezeichnet ihn aber auch als eine allgemeine Begehungs- und Erscheinungsform des Verbrechens.

[2]) So Berner (Lehrbuch, S. 279), Meyer-Allfeld, S. 358, und Holtzendorff (II, 563 ff).

2. Allgemeine Milderungsgründe des Vorentwurfs, die dem Gesetz fremd sind.

Der Vorentwurf weist ausser der Jugend noch vier neue allgemeine Strafmilderungsgründe auf. Sie füllen zum Teil empfindliche Lücken unseres geltenden Rechts aus.

a) Strafrechtsirrtum.

VE § 61 Abs. 2: Hält der Täter die Handlung für erlaubt, weil er sich über das Strafgesetz irrt, so können hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch angewendet werden.

Bei Strafrechtsirrtum wird die Strafe gemildert. Das geltende Recht hat ihn nicht geregelt. Um zu zeigen, wie empfindlich dieser Mangel ist, sei im folgenden kurz angedeutet, wie man sich bisher mit dem Strafrechtsirrtum abfindet. Alles was das Gesetz über den Irrtum und den damit zusammenhängenden Vorsatz sagt, erschöpft sich in § 59. Hiernach schliesst der tatsächliche Irrtum die Rechtswidrigkeit aus. Den Strafrechtsirrtum wie den Irrtum im übrigen Recht zu regeln, hat das Gesetz unterlassen, entweder, weil es die Gesetzgeber für selbstverständlich finden, dass der Rechtsirrtum ohne Einfluss auf die Strafbarkeit sei[1]) oder weil sie es der Wissenschaft überlassen wollten, die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen wie nach Grund und Zweck der Strafe zu treffen[2]) oder vielleicht sogar, weil sich die Gesetzgeber keine Gedanken gemacht haben, wie wichtig der Rechtsirrtum ist. Während es sich nun ziemlich allgemein eingebürgert hat, den nicht strafrechtlichen Irrtum dem tatsächlichen Irrtum nach § 59 gleichzustellen[3]), sind die Meinungen über den strafrechtlichen Irrtum in zwei Lager geteilt. Die eine Partei, vor allem das Reichsgericht, hält den Satz error iuris nocet hoch. Sie betrachtet deshalb das Bewusstsein der Rechtswidrig-

---

[1]) Siehe Hippel: „Vergleichende Darstellung A. III", S. 547 ff.

[2]) Siehe Allfeld: „Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht" (Rektoratsrede).

[3]) Hammerer („Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung", S. 3 und 4) hält diese Regelung für glücklich, v. Hippel hält schon die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und nicht strafrechtlichem Irrtum mit Recht für unhaltbar, auch Allfeld billigt ihre verschiedene Behandlung nicht („Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht", S. 17).

keit nicht als einen notwendigen Bestandteil des dolus[1]). Die andere grössere Partei glaubt, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit notwendig zum Vorsatz gehöre; hiedurch kann der Strafrechtsirrtum höchstens wegen fahrlässigen Verschuldens bestraft werden[2]). Dies dürfte auch der einzige Weg aus der von der rätselhaften Schweigsamkeit des Gesetzes verursachten Verwirrung sein, denn das Reichsgericht[3]) und seine Anhänger auf diesem Gebiete behandeln zugunsten der Wahrung der Gesetzesautorität die im Strafrechtsirrtum Befindlichen sehr hart und ungerecht. Dies ist vor allem mit dem Zweck der Strafe, gleichgültig, welcher Strafrechtstheorie man sich anschliesst, völlig unvereinbar[4]). Insbesondere ist nicht einzusehen, warum man den nicht strafrechtlichen Irrtum in einen so schroffen Gegensatz zum strafrechtlichen bringt; in der Praxis nämlich scheinen diese beiden Arten eher eine gleiche oder mindestens ähnliche Behandlung zu verdienen. Auch die Grenze zwischen beiden ist schwer zu ziehen. De lege ferenda wurden mehrfach Vorschläge gemacht, die eine einheitliche und dem modernen Rechtsempfinden entsprechende Behandlung des Strafrechtsirrtums sichern sollen. Sie wollen meistens den Strafrechtsirrtum so regeln, dass man bei den über den Vorsatz aufzustellenden Bestimmungen das Bewusstsein der Rechts-

---

[1]) Siehe die Rechtssprechung des Reichsgerichts bei Kohlrausch, kritische Darstellung. Dieser Ansicht sind auch: v. Bar, v. Liszt, v. Lilienthal, Lucas (Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Bd. XIV, 263), Frank, Löffler (Grünhuts Zeitschrift, XX, 775), Kitzinger, siehe „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", S. 549, Fussnote 5, S. 561, Fussnote 1.

[2]) Dieser Ansicht sind: Binding (Grundriss, 7. Aufl., S. 116), Beling (Lehre vom Verbrechen, 1906, 178), v. Birkmeyer (Enzyklopädie, §§ 16 und 17), v. Calker (Ethische Werte im Strafrecht, 1906, 29 und 30), Hammerer (Einfluss des Rechtsirrtums, 1900), Meyer-Allfeld (Lehrb., 7. Aufl., S. 142 ff.), Oetker (Einfluss des Rechtsirrtums, 1876); andere fordern wenigstens Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit oder Möglichkeit der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit. (Hälschner, Strafr. I, 1885, S. 199, 250 bis 262, Finger, Lehrb. I, 1904, S. 261, Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff I, 1903, § 5).

[3]) Selbst Mitglieder des Reichsgerichts stellen sich auf den Standpunkt der Gegner des Reichsgerichts, so Golli an der Hand einer Entscheidung vom 3. 9. 5, ausserdem Petersen, Olshausen-Zweigert und v. Bülow.

[4]) Siehe Allfeld: „Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht", S. 5 ff.

widrigkeit oder doch wenigstens der Pflichtwidrigkeit verlangt. Beruht aber der Mangel des Bewusstseins der Rechts- oder Pflichtswidrigkeit auf Fahrlässigkeit, so soll allerdings der Täter nicht straflos ausgehen, wohl aber milder bestraft werden. Der Vorentwurf folgt jedoch keinem der Vorschläge, erklärte insbesondere das Bewusstsein der Rechts- oder Pflichtswidrigkeit nicht als notwendigen Bestandteil des Vorsatzes und bestimmte unter strenger Scheidung vom strafausschliessenden andersrechtlichen Irrtum für den Strafrechtsirrtum die Versuchsstrafe. Bedauerlich ist hiebei, dass wiederum im Vorentwurf willkürlich zwischen strafrechtlichem und nichtstrafrechtlichem Irrtum unterschieden wird. Der Vorentwurf scheint durch Bedenken, die mit Recht nicht als stichhaltig betrachtet werden, abgehalten worden zu sein, die beiden einander gleichzustellen. So sollte beim Wegfall der Strafe infolge des Strafrechtsirrtums unter Umständen zu befürchten sein, dass hiedurch dem Bösen und besonders dem Nachlässigen, die sich nicht darum kümmern, was pflichtgemäss und sittlich ist, ein unverdienter Vorteil geschaffen sei; ferner wären die Gebildeten, die Gewissenhaften und die Vorsichtigen den Rohen, Leichtsinnigen und Ungebildeten gegenüber im Nachteil. Diese Einwände können aber die Stellungnahme des Vorentwurfs nicht rechtfertigen, da sie auch beim nichtstrafrechtlichen Irrtum vorliegen würden. Gelten lassen könnte man höchstens noch das beim Strafrechtsirrtum vorhandene Bedenken, dass durch die volle Berücksichtigung des Irrtums der strafrechtliche Schutz kein unbedingter mehr sei, dass vielleicht viele mangels Möglichkeit des Beweises der Bestrafung entgehen könnten und die Autorität des Strafgesetzes leiden würde[1]). Es ist daher nicht zu verwundern, wenn die Regelung des Vorentwurfs entschiedenen Widerspruch findet, da sie sich durch die wenn auch mildere Bestrafung bei dem zweifellos vorhandenen Mangel an Vorsatz nicht dem jüngst immer mehr durchdringenden Prinzip der Schuldhaftung gebeugt hat, sondern der Erfolgshaftung[2]) einen breiten Raum gelassen hat. Doch kann nicht bestritten

---

[1]) Anderer Meinung v. Hippel: „Vergleichende Darstellung", S. 592 ff.

[2]) Erfolgshaftung allerdings auch sonst im Vorentwurf noch vielfach zu finden. So in erster Linie bei den besonders schweren Fällen (§ 84), dann aber auch bei vielen besonderen Schärfungsgründen, bei letzteren allerdings eingeschränkt durch § 62 VE.

werden, dass durch die nach unten bis zur Straflosigkeit reichende Versuchsstrafe der Richter jede unbillige Härte ohne Schwierigkeit vermeiden kann.

Der Gegenentwurf (§ 23) unterscheidet mit Recht nicht mehr zwischen strafrechtlichem und andersrechtlichem Irrtum und behandelt den Rechtsirrtum einheitlich genau so wie der Vorentwurf (§ 61) den nicht strafrechtlichen Irrtum. Im Gegenentwurf ist also bei Rechtsirrtum nur mehr eine eventuelle Bestrafung wegen fahrlässiger Vergehen vorgesehen.

b) Die geminderte Zurechnungsfähigkeit.

VE § 63: Nicht strafbar ist, wer zur Zeit der Handlung geisteskrank, blödsinnig oder bewusstlos war, so dass dadurch seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wurde.

War die freie Willensbestimmung durch einen der vorbezeichneten Zustände zwar nicht ausgeschlossen, jedoch in hohem Grade vermindert, so finden hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) Anwendung. Zustände selbstverschuldeter Trunkenheit sind hievon ausgenommen.

Freiheitsstrafen sind an den nach Abs. 3 Verurteilten unter Berücksichtigung ihres Geisteszustandes und soweit dieser es erfordert, in besonderen für sie ausschliesslich bestimmten Anstalten oder Abteilungen zu vollstrecken.

§ 65: Wird jemand auf Grund des § 63 Abs. 1 freigesprochen oder ausser Verfolgung gesetzt oder auf Grund des § 63 Abs. 2 zu einer milderen Strafe verurteilt, so hat das Gericht, wenn es die öffentliche Sicherheit erfordert, seine Verwahrung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen. War der Grund der Bewusstlosigkeit selbstverschuldete Trunkenheit, so finden auf den Freigesprochenen oder ausser Verfolgung Gesetzten ausserdem die Vorschriften des § 43 über die Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt entsprechende Anwendung. Im Falle des § 63 Abs. 2 erfolgt die Verwahrung nach verbüsster Freiheitsstrafe.

Auf Grund der gerichtlichen Entscheidung hat die Landespolizeibehörde für die Unterbringung zu sorgen. Sie bestimmt auch über die Dauer der Verwahrung und über die Entlassung. Gegen ihre Bestimmung ist gerichtliche Entscheidung zulässig.

Die erforderlichen Ausführungsvorschriften werden vom Bundesrat erlassen.

Neu ist auch der allgemeine Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit. Der Entwurf stellt ihn im

Zusammenhang mit dem Strafausschliessungsgrund der Unzurechnungsfähigkeit auf (§ 63 Abs. 2 VE).

Ein solcher Zustand muss existieren, denn die verschiedenen geistigen Mängel, welche beim Auftreten in einer gewissen Stärke die freie Willensbestimmung ausschliessen, können, wenn sie weniger stark in Erscheinung treten, allerdings diese Wirkung nicht ausüben, können aber die freie Willensbestimmung auch nicht unberührt lassen. Sie beeinflussen also die freie Willensbestimmung in geringerem Mass, indem sie diese je nach dem Grad des Mangels mehr oder minder beschränken. Die geminderte Zurechnungsfähigkeit ist ihrem Begriff nach heute allgemein anerkannt. Ebenso ist man darüber einig, dass die Fähigkeiten des Erkennens und Wollens beim vermindert zurechnungsfähigen Täter auf einer tieferen Stufe stehen und dass sein subjektives Verschulden infolgedessen geringer ist. Wo aber die Schuld geringer ist, kann niemals volle, sondern höchstens gemilderte Strafe verhängt werden. Dies Zwischenstadium der verminderten Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt unser geltendes Recht nicht und weist dadurch eine empfindliche Lücke auf, welche die Rechtssprechung auszufüllen bestrebt ist durch entsprechend milde Strafzumessung oder, wenn möglich, durch die mildernden Umstände. Wo diese beiden Mittel versagen, bleibt dem Richter, wenn er unbillige Härten vermeiden will, nichts anderes übrig, als da, wo ein gewisser Grad von Zurechnungsfähigkeit noch vorhanden ist, auch diesen noch zugunsten des Täters ausser acht zu lassen und die Bestimmungen über Unzurechnungsfähige anzuwenden. Dieser Ausweg hat wiederum den Nachteil, dass nicht Vollzurechnungsfähige straffrei ausgehen, obwohl ihre Schuld zweifellos gesühnt werden sollte.

Wenn der Entwurf den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit aufgestellt hat und dadurch die unbillige Schweigsamkeit des geltenden Rechts auf diesem Gebiet gebrochen hat, so entspricht er hiemit den sehnlichsten Erwartungen einer grossen Mehrheit. Es fehlt allerdings nicht an zahlreichen Stimmen, die eine ausdrückliche Regelung dieser Materie aus den verschiedensten Gründen für überflüssig oder gar für bedenklich halten und viel lieber den bisher üblichen Auskunftsmitteln treu bleiben wollten. Dass das geltende Recht mit diesem zufrieden sein muss, erklärt sich vor allem dadurch, dass die geminderte Zurechnungsfähigkeit zur Zeit der Schaffung unseres Strafgesetzbuches noch nicht allgemein anerkannt war, wenn auch schon einige andere Strafgesetze mit der Einführung

dieses Begriffs vorangegangen waren[1]). Ist aber die geminderte Zurechnungsfähigkeit einmal unbestritten anerkannt, so scheint es vollauf gerechtfertigt, dieselbe im Strafrecht ausdrücklich zu berücksichtigen. Gretener[2]) bezeichnet mit Recht das Schweigen des Gesetzbuches als einen schweren Fehler, ebenso spricht H. Seuffert[3]) von einer Lücke im Strafgesetzbuch, die nicht durch die mildernden Umstände ausgefüllt werden könne, sondern eine besondere Regelung erfordere. Es ist auch nicht einzusehen, dass die strafrechtliche Beurteilung eines nunmehr allgemein anerkannten, kriminell höchst wichtigen Zustands auf das Auskunftsmittel der nicht einmal überall anwendbaren mildernden Umstände angewiesen bleiben soll, ist doch die strafrechtliche Behandlung einer ähnlichen Mittelkategorie der Jugendlichen zwischen 12 und 18 Jahren, deren verminderte Strafbarkeit zum Teil in der unvollendeten geistigen Entwicklung begründet ist, längst durchgreifend geregelt worden. Die Mehrheit[4]) billigt prinzipiell, dass Bestimmungen über die geminderte Zurechnungsfähigkeit getroffen werden und erkennt mit klarem Blick die Vorteile einer derartigen neuen Einrichtung an; so billigen es Möli und Ungar[5]), dass nun endlich die Unabhängigkeit von den mildernden Umständen hergestellt und eine Berücksichtigung auch da möglich sei, wo trotz hoher Mindeststrafe keine mildernden Umstände vorgesehen sind. Die geminderte Zurechnungsfähigkeit fördert, wie Lilienthal mit Recht sagt, die Verständigung zwischen Arzt und Richter, weil der Arzt bei vorliegender geminderter

---

[1]) Darunter das bayerische Strafgesetzbuch von 1861 und der erste Entwurf zum geltenden Recht.

[2]) Siehe Gretener: „Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage", siehe auch Hülbe, Diss.: „Die strafrechtliche Behandlung der vermindert Zurechnungsfähigen", in Belings Sammlung, H. 43, 1902.

[3]) Seuffert: „Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland", S. 39 ff.

[4]) Die gesetzliche Anerkennung der Strafmilderung billigen: Bloch (Concordia 17, 143), v. Calker (ZStW 30, 283 bis 285), Cramer (Münch. Med. Woch. 1910, 364), Frank (Ref. I, 238 bis 239), Hoppe (Bl. f. Gefängniskunde 44, 276 ff.), Kahl (DJZ 15, 785), v. Lilienthal (M. Schr. Krim. Psych., 540), v. Liszt (MNN, 16./17. 11. 9), Meyer-Allfeld, S. 358, Gegenentwurf § 13; siehe auch die gutachtlichen Thesen v. Liszts und v. Calkers und die Referate Kahls und Kronekers zum 27. Deutschen Juristentag.

[5]) Ungar (Hamb. Nachrichten, 12. 5. 10).

Zurechnungsfähigkeit nun ein Gutachten geben kann, das dem wahren Sachverhalt entspricht und für den Richter eine direkte Grundlage bilden kann. Nach dem geltenden Recht hingegen fühlt sich der Arzt, um Härten zu vermeiden, nicht selten gezwungen, die Zurechnungsfähigkeit zu verneinen, wo sie im beschränkten Masse vorhanden gewesen wäre, und so ein objektiv unrichtiges Gutachten abzugeben, an das sich der Richter oft nicht gebunden fühlt. Von den Bedenken gegen die Bestimmung über geminderte Zurechnungsfähigkeit seien hier nur einige erwähnt. Zunächst wird von Köhler und Högel[1]) geltend gemacht, dass der Begriff unklar und verschwommen sei. Eine klare, nicht ins einzelne gehende Begriffsbestimmung, die man am besten aus der über die Unzurechnungsfähigkeit ableitet, wird für die Sachverständigen keine weniger sichere Handhabe sein, als die Begriffsbestimmung über die Unzurechnungsfähigkeit selbst. Delbrück[2]) erklärt die geminderte Zurechnungsfähigkeit für unnötig und zweckwidrig, da derselbe Zweck zum Teil bei den Ungefährlichen schon durch die Strafzumessung erfüllt werde und weil man durch die Einführung des juristischen Begriffs keine sozialen Verhältnisse ändere. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass die Grenzen der ordentlichen Strafbemessung vielfach zu eng sind und dass durch den juristischen Begriff nicht soziale Verhältnisse geändert werden sollen, denn durch die geminderte Zurechnungsfähigkeit soll nur eine Schädigung der gemindert Zurechnungsfähigen vermieden und ihre gerechte strafrechtliche Behandlung erreicht werden. Der Vorschlag Köhlers[3]), an Stelle der geminderten Zurechnungsfähigkeit zahlreiche bestimmte Strafmilderungsgründe zu schaffen, hat gegen sich, dass eine Aufzählung immer unvollständig bleiben muss. Wenn Köhler ferner befürchtet, dass mangels eines greifbaren Anhaltspunkts oft grobe Missgriffe vorkommen würden und unter Umständen sogar Rückfällige ganz allgemein hierher gerechnet würden, so bekundet er hiemit ein sehr geringes Vertrauen zum Unterscheidungsvermögen von Richter und Psychiater in bezug auf verbrecherische Gesinnung und Geistesfähigkeiten. Hoppe[4]) endlich misstraut in ganz unbegrün-

---

[1]) Köhler, Studien 13, Högel, Seuff. Bl. 75, 198.

[2]) Delbrück, M. Krim. Psych. I, 1904/5, S. 121 ff.

[3]) Köhler, Hirths Annalen 43, 200.

[4]) Hoppe, Bl. f. Gefängniskunde 44, 283.

deter Weise dem Arzt, wenn er befürchtet, dieser werde bei nicht völliger Klarheit zu diesem Begriff seine Zuflucht nehmen. Wenn Birkmeyer[1]) annimmt, die neue Bestimmung werde den der Vergeltung feindlichen Psychiatern einen allzu grossen Einfluss verschaffen, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, dass von einem gewissenhaften ärztlichen Sachverständigen erwartet werden kann, er werde sich bei Abgabe seines Gutachtens rein objektiv an die Voraussetzungen des Gesetzes halten und dabei nicht seine eigenen Ansichten über Strafzwecke zur Geltung bringen wollen. Leppmann[2]) und Frank[3]) glauben, dass durch die neue Bestimmung eher die Bestrafung Unzurechnungsfähiger als die mildere Bestrafung der nicht Vollzurechnungsfähigen erreicht wird. Bei gewissenhafter Prüfung durch die Sachverständigen kann aber sicher erreicht werden, dass die Unzurechnungsfähigen nicht benachteiligt werden, den vermindert Zurechnungsfähigen einerseits die allzu harte ordnungsmässige Bestrafung erspart, anderseits aber nicht mehr unverdiente Straflosigkeit zuteil wird. Ungar[4]) befürchtet von der Neuerung eine günstige Gelegenheit für Simulanten. Kurz, alle angeführten Bedenken sind in einem nicht geringen Misstrauen gegen die ärztlichen Sachverständigen begründet. Oft aber lässt auch nur eine zu enge oder zu weite Umgrenzung des Begriffs von seiten der Gegner[5]) die Neuerung bedenklich erscheinen.

Für die Begriffsbestimmung der verminderten Zurechnungsfähigkeit werden unzählige Vorschläge gemacht, die zum Teil eine sehr mannigfache Auffassung über den Umfang der geminderten Zurechnungsfähigkeit zeigen, zum Teil aber auch nur in der Ausdrucksweise verschiedene Wege gehen[6]). Da hier nicht der Ort ist, um auf die vielen Vorschläge und Kritiken näher einzugehen, möchte ich nur darauf hinweisen, dass die Auf-

---

[1]) Birkmeyer, MNN 9. 11. 9.

[2]) Leppmann, Bericht Pr. MedBV 21.

[3]) Frank, Ref. I, 240 ff.

[4]) Ungar, Hamb. Nachrichten 12. 5. 10.

[5]) So Finger und Grashey (Finger, Gerichtssaal Bd. 64, 1904: „Ueber die geminderte Zurechnungsfähigkeit und die strafrechtliche Behandlung der gemindert Zurechnungsfähigen", Grashey: „Vergleichende Darstellung A. I", Kahl: „Geminderte Zurechnungsfähigkeit", S. 49).

[6]) Auch die Begriffsbestimmung des Gegenentwurfs (§ 13) weicht stark von der des Vorentwurfs ab.

fassung des Vorentwurfs, die Zurechnungsfähigkeit solle nur durch die pathologischen Zustände der Geisteskrankheit, des Blödsinns und der Bewusstlosigkeit ausgeschlossen oder vermindert sein, wohl zu eng sein dürfte, dass vielmehr die Zurechnungsfähigkeit auch durch mangelnde geistige Entwicklung, die zweifellos unter keinen der obengenannten pathologischen Zustände fällt, in Frage gestellt wird. Dieser Ansicht ist im Gegensatz zum Entwurf auch die Begründung. Auch der Entwurf scheint bei der Schaffung der Bestimmungen über die Jugendlichen, trotz der widersprechenden Definition des § 63, die mangelnde geistige Entwicklung unter die geistigen Mängel des § 63 zu rechnen, da es doch unbedingt möglich sein muss, den Jugendlichen auf Grund mangelnder geistiger Entwicklung die Zurechnungsfähigkeit ganz oder zum Teil abzusprechen, nachdem die im Gesetz bisher aufgestellte Vorbedingung der erforderlichen Einsicht beseitigt worden ist. Auch in einer zweiten Richtung ist die Definition zu eng, denn auch hochgradige Affekte, wie Angst, Schrecken und Zorn, können Unzurechnungsfähigkeit, besonders aber geminderte Zurechnungsfähigkeit verursachen, auch wenn sie nicht so scharf auftreten, dass sie unter den Begriff Bewusstlosigkeit fallen [1]).

Für die geminderte Zurechnungsfähigkeit kann nur eine mildere Strafe als bei voller Zurechnungsfähigkeit in Betracht kommen, denn der Notwendigkeit einer milderen Strafe verdankt der Begriff überhaupt zum grössten Teil seine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der gemindert Zurechnungsfähigen und somit die Schuld ist eine geringere, daher auch geringere Strafe. Wollte man, wie verschiedene Psychiater [2]), die vermindert Zurechnungsfähigen ebensowenig bestrafen wie die Unzurechnungsfähigen, so wäre es überflüssig, im Vorentwurf Bestimmungen über sie

---

[1]) Deshalb schlagen Aschaffenburg, Cramer (Münch. Med. Woch. 1910, 364) und Leppmann (Bericht Pr. MedBV 21) mit Recht den Ausdruck Bewusstseinsstörung vor.

[2]) So Bleuler (M. Krim. Psych. I, 92 ff.), Longard, Kräpelin u. a., dagegen richtig Leppmann und Sommer (Kriminalpsychologie und strafrechtliche Psychopathologie 1904, S. 273 ff.). Letzterer erklärt sich gegen die Aufhebung der Strafbestimmungen; solange Beeinflussbarkeit vorhanden, würde die zustimmende Nichtbestrafung dazu führen, die Ueberzeugung zur Berechtigung der strafbaren Handlung zu stärken und die Umgebung völlig schutzlos zu machen.

zu treffen. Die grosse Mehrheit[1]) ist für mildere Strafe, stimmt aber wenig überein in ihren Vorschlägen, wie die Strafen gemildert werden sollen. Die im Vorentwurf vorgesehene Versuchsstrafe missfällt manchen, da sie ihnen allzu schematisch auf ein ganz anderes Gebiet angewandt scheint[2]). Sehr zu begrüssen wäre es, wenn die Zuchthausstrafe ausgeschlossen würde, da sie aus ähnlichen Gründen wie bei den Jugendlichen für die gemindert Zurechnungsfähigen ungeeignet ist[3]). Frank, Köhler, Leppmann[4]) und die Begründung halten im Gegensatz zu Kahl, der fakultative Milderung befürwortet, richtig an der obligatorischen Strafmilderung fest. Das einmal anerkannte Prinzip soll nicht wieder dadurch durchlöchert werden, dass dem Richter auf Grund seiner eigenen Anschauungen eine Umgehung der neuen Vorschrift ermöglicht wird. Wo die Milderung aus irgendwelchen Gründen gefährlich erscheint, kann der Richter auf Grund der Versuchsstrafe an sich auch eine hohe Strafe verhängen.

Die im Zustand selbstverschuldeter Trunkenheit verübten Straftaten hat der Vorentwurf von der Strafmilderung ausgenommen (§ 63 Abs. 2 VE)[5]). Die Ansichten über die Zweckmässigkeit dieser Ausnahme sind geteilt[6]). Erfahrungsgemäss

---

[1]) Siehe folgende Versammlungsbeschlüsse: IKV. 9. Versammlung der Landesgruppe Deutsches Reich in Dresden, ebenso 10. Versammlung in Stuttgart. Beschlüsse der 3. Abteilung des 27. Deutschen Juristentags in Innsbruck 1904 und der 1. internationalen Versammlung der IKV. in Hamburg 1905.

[2]) Für die Versuchsstrafe: Rosenfeld (OestZSt 1, 327), Aschrott (Ref. I, 73), Römheld DRZ 2, 435), Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 290); gegen die Versuchsstrafe: Leppmann (Vortrag, Voss. Zeit. 26. 6. 10), Bloch (Concordia 17, 143), Aschaffenburg (Bemerk. Psych. 33), Frank (Ref. I, 240); gegen die Möglichkeit des Absehens von Strafe: Birkmeyer (Beiträge 60 bis 62). Er will eine allgemeine richterliche Strafänderungsbefugnis.

[3]) Richtig Frank (Ref. I, 239 ff.).

[4]) Frank, Ref. I, 238 ff., Köhler, Studien 13, Leppmann, Bericht Pr. MedBV 21, Kahl, DJZ 15, 787.

[5]) § 64 lässt analog auch bei durch Trunkenheit verursachter Unzurechnungsfähigkeit die für fahrlässige Begehung angedrohte Strafe eintreten, soweit es sich um Delikte handelt, die auch bei fahrlässiger Begehung strafbar sind.

[6]) Für diese Massregel sind: Frank (Ref. I, 247), Kriegsmann (Kiel. N. N. 9. 1. 10), Leppmann (Bericht Pr. MedBV 21), Leonhard (Strafvollzug 35 bis 36), v. Lilienthal (ZStW 30,

werden viele Delikte in einem durch Trunkenheit verursachten Zustand geminderter Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit begangen. Das Volksempfinden verlangt deshalb dringend nach Massregeln zur energischen Abwehr der schweren Gefahren, die der Allgemeinheit von seiten selbstverschuldet Betrunkener drohen. Der Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit würde aber ohne die genannte Ausnahme geradezu ein Privileg der verbrecherischen Trunkenbolde sein. Ausserdem kann man in dem Sichbetrinken selbst schon eine Schuld erblicken, welche die durch die geminderte Zurechnungsfähigkeit verringerte Schuld wieder vergrössert. Die meisten der im Rausche straffällig Gewordenen sind sich dessen bewusst, dass sie im Zustande schwerer Betrunkenheit sich leicht zu schweren Rechtsbrüchen hinreissen lassen. Dazu kommt noch, dass nicht wenige „sich mildernde Umstände antrinken" oder sich betrinken, weil sie in diesem Zustand ein beabsichtigtes Delikt mit grösserer Entschlossenheit und mehr Mut durchzuführen glauben. Den Bedenken der Gegner, dass durch diese Bestimmung das allgemein anerkannte Prinzip der milderen Bestrafung der geminderten Zurechnungsfähigkeit durchbrochen werde, und dass auch andere Zustände durch Selbstverschulden herbeigeführt seien, ist zu erwidern, dass die selbstverschuldete Trunkenheit wegen ihrer besonders starken Neigung zu schweren Rechtsbrüchen und ihrer daraus entspringenden Gefährlichkeit für die Allgemeinheit im Interesse der Spezial- und Generalprävention besonders energische Abwehrmassregeln erfordert und deshalb eine Ausnahmestellung verdient[1]). Wie der Vorentwurf bei den Jugendlichen eine ihrer Eigenart angepasste Strafvollstreckung anordnet, so sorgt er auch im § 63 Abs. 3 für eine entsprechende Strafvollstreckung bei den gemindert Zurechnungsfähigen; bei ihnen muss nämlich die Freiheitsstrafe unter Berücksichtigung des Geisteszustands vollstreckt werden, nötigenfalls werden sie auch bei der Verbüssung von anderen Sträflingen getrennt. Ist es dort die Absicht, die Jugendlichen vor nachteiliger Beeinflussung durch andere Gefangene zu bewahren, so will hier der Gesetzgeber die bei gewöhnlicher Strafvollstreckung den gemindert Zurechnungsfähigen drohenden Härten vermeiden.

247), Gegenentwurf § 13; gegen die Massregel sind: Cramer (Münch. Med. Woch. 1910, 364), Hoppe (Bl. f. Gefängnisk. 44, 283), Kahl (DJZ 15, 787), Köhler (Hirths Ann. 43, 200), Vorwärts (20. 1. 10).

[1]) Siehe Begründung I, S. 322.

Endlich sei noch hingewiesen auf die im § 65 VE auch für die milder Bestraften vorgesehenen Sicherungsmassregeln, die analog den Erziehungsmassregeln bei den Jugendlichen teils die Sicherung der Allgemeinheit, teils die Heilung und Pflege der gemindert Zurechnungsfähigen bezwecken.

c) Ueberschreitung der Notwehr.

VE § 66 Abs. 2 S. 1: Ueberschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr, so können hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) angewendet werden.

Einen weiteren allgemeinen Milderungsgrund hat der Vorentwurf geschaffen bei der Notwehr. Diese Neuerung ist aus mehrfachen Gründen sehr begrüssenswert und wird deshalb von der Wissenschaft fast durchweg beifällig aufgenommen[1]). Bisher ist der Rechtszustand derart, dass der Exzess der Notwehr in der Regel nach den allgemeinen Bestimmungen die volle Strafe des betreffenden Delikts nach sich zieht; nur wenn der Exzess der Notwehr infolge von Bestürzung, Furcht oder Schrecken erfolgt ist, tritt Straflosigkeit ein (§ 53 StGB). Dadurch ist der Richter gezwungen, wenn er Härten vermeiden will, überall da, wo sich der Exzess nicht auf Bestürzung, Furcht oder Schrecken zurückführen lässt, wo er aber doch aus irgendeinem Grunde mehr oder minder entschuldbar erscheint, trotz einer deutlichen Ueberschreitung entweder die Notwehr noch als rechtmässig zu erklären oder unter die Gesichtspunkte des straflosen Exzesses zu pressen. Diese beiden Auswege bedeuten aber wiederum eine unbillige Begünstigung des Täters, da ein gewisser Grad von Verschulden und deshalb auch von Strafwürdigkeit fast immer vorhanden ist. Ausserdem bleibt dem Richter nur mehr das nur teilweise anwendbare Mittel der Zuerkennung mildernder Umstände. Um diesem Uebelstand abzuhelfen und eine dem wirklichen Verschulden entsprechende gerechte Bestrafung überall da zu ermöglichen, wo der Exzess der Notwehr zwar nicht wegen Bestürzung, Furcht oder Schrecken straflos bleiben kann, wo aber doch irgendwelche Umstände eine mildere Bestrafung angezeigt machen, hat der

---

[1]) Die Milderung billigen: Frank (Ref. I, 262, 263), Högel (Seuff. Bl. 75, 232), Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 295), Köhler (Goltd. Arch. 56, 288), v. Lilienthal (ZStW 30, 247), Mittermaier (ZStW 30, 631), Römheld (DJZ 2, 435), Rosenfeld (OeZSt 1, 327).

Vorentwurf eine fakultative Strafmilderung nach Massgabe der Versuchsstrafe vorgesehen. Nunmehr kann der Richter in den vielen Fällen, wo einerseits die volle Strafe für den Exzess der Notwehr eine unbillige Härte wäre, anderseits wegen Affekts strafloser Exzess oder rechtmässige Notwehr nicht angenommen werden kann, eine dem Verschulden entsprechende, nach freiem Ermessen gemilderte Strafe verhängen. Dieser neue Strafmilderungsgrund wird, da er einem augenfälligen Missstand unseres Strafgesetzbuchs abhilft, fast durchweg günstig aufgenommen. Unter den wenigen Gegnern befinden sich auch die Verfasser des Gegenentwurfs, denn dieser kehrt in seinem § 25 zu dem Rechtszustand des geltenden Rechts (§ 53) zurück. Ferner lehnen Oetker, Kitzinger und Köhler die Milderung bei Notwehrexzess ab, doch erweisen sich ihre Bedenken nicht als stichhaltig. Oetker[1]) hält es für besser, die Strafrahmen bei allen Delikten so weit nach unten auszudehnen, dass der Notwehrexzess unbedenklich unter die Zumessungsgründe verwiesen werden kann. Eine solche Ausdehnung der Strafrahmen hat aber der Entwurf mit Recht nicht vorgenommen, weil damit das an sich schon freie richterliche Ermessen nach unten hin geradezu unbeschränkt und die Rechtsprechung unsicher und schwankend werden müsste. Kitzinger[2]) will nur bei Affekt den Richter ermächtigen, volle, mildere oder keine Strafe zu verhängen, und schlägt somit sogar strengere Behandlung vor wie das Gesetz, was sicherlich nicht das allgemeine Rechtsempfinden befriedigen würde. Köhler[3]) lehnt hier, wie auch in anderen Fällen der Strafmilderung des Vorentwurfs, als ein prinzipieller Gegner jeder Milderung ohne feste Kriterien und der dadurch bedingten weitgehenden richterlichen Strafänderungsbefugnis die Milderung ab. Wenn er seine Haltung damit begründet, dass dann Notwehrüberschreitung angenommen würde, wo man sie bisher überwiegend nicht angenommen habe, und dass der Einwand der Notwehr ungleich häufiger gebraucht werde, so ist zu entgegnen, dass dies durchaus keine abschreckende und bedenkliche, sondern nur ganz natürliche und begrüssenswerte Folge der neuen Massregel ist. Durch die Neuerung soll ja, wie oben schon ausgeführt, endlich erreicht werden, dass die Fälle von Notwehr-

[1]) Siehe „Vergleichende Darstellung A. II", S. 288.

[2]) Kitzinger, ZStW 31, 223 bis 224.

[3]) Köhler (Goltd. Arch. 56, 288).

überschreitung nicht einfach die hier allzu strenge gewöhnliche Strafe nach sich ziehen müssen oder zur Umgehung der harten Vorschrift der rechtmässigen Notwehr oder dem straflosen Exzess gleichgestellt werden müssen. Dass viele den neuen Strafmilderungsgrund als willkommenes Auskunftsmittel betrachten werden, ist wohl zu erwarten, spricht aber nicht gegen ihn, da diese Gefahr auch bei vielen anderen Strafmilderungs- und Strafausschliessungsgründen[1]), deren Notwendigkeit über allen Zweifel erhaben ist, besteht. Birkmeyer[2]) und Oetker missbilligen nicht mit Unrecht die Strafmilderung bis zum Straffortfall. Es ist aber zu hoffen, dass die Richter von dieser auch in manchen anderen Fällen bedenklichen Befugnis einen recht vorsichtigen und ausnahmsweisen Gebrauch machen. Der fakultative Charakter der Milderung ist mit Rücksicht auf die vielen Exzesse, welche die volle Strafe verdienen, sehr zu begrüssen.

d) Die besonders leichten Fälle.

VE § 83: In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters sehr gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so dass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde.

Die besonders leichten Fälle sind der vierte allgemeine neue Strafmilderungsgrund. Sie sind eine Neuerung von höchster Bedeutung und werden sehr verschieden beurteilt. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Ermächtigung des Richters, in besonders leichten Fällen die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, bei richtiger Handhabung das Rechtsempfinden oft da, wo alle anderen Mittel versagen[3]), befriedigen kann.

---

[1]) So bei Rechtsirrtum, Unzurechnungsfähigkeit, geminderter Zurechnungsfähigkeit usw.

[2]) Birkmeyer, Beiträge 3, 62 bis 63.

[3]) Köhler glaubt alle erdenklichen Fälle genügend berücksichtigt, wenn der Richter über weite Strafrahmen und eine möglichst grosse Zahl von speziellen Milderungsgründen verfügt. Wo diese Mittel versagen, will er die Begnadigung den Mangel ausfüllen lassen. Köhler übersieht dabei, dass die

Die Begründung[1]) sagt deshalb mit Recht, auch bei sorgfältigster Formulierung der Tatbestände lasse es sich nicht vermeiden, dass in aussergewöhnlich gearteten Fällen zwar die Begriffsbestimmung, nicht aber der Gedanke und Zweck des Gesetzes zutreffe, so dass die im Gesetz vorgesehene Strafdrohung nach Art und Mass als Härte empfunden werden müsse. Eine andere Frage ist die, ob das Institut der besonders leichten Fälle nicht so viele Nachteile mit sich bringt, dass der erreichte gute Zweck hiervon reichlich aufgewogen wird und deshalb das Absehen von einer derartigen Neuerung vorzuziehen wäre. In dieser Richtung werden die besonders leichten Fälle sehr verschieden bewertet und ihre Vor- und Nachteile von der einschlägigen Literatur sehr genau erwogen. Die Begründung[2]) verkennt trotz eifriger Stellungnahme für die Neuerung nicht die schwerwiegenden Bedenken, die sich notwendig dagegen einstellen. Die besonders leichten Fälle können zweifellos Misstrauen erwecken, da sie dem Richter ermöglichen, durch die Annahme eines besonders leichten Falles sich überall über die unteren Grenzen der Strafrahmen hinwegzusetzen und so rein willkürliche Strafmilderung bis zur Grenze der Straflosigkeit eintreten zu lassen. Sie können hierdurch ein recht gefährliches Werkzeug werden, sie können Klassenjustiz begünstigen, sie können infolge des Spielraums, der dem Empfinden des einzelnen Richters gelassen wird, eine sehr ungleichmässige Rechtssprechung herbeiführen, einer schädlichen Willkür Tür und Tor öffnen und das Ansehen der Strafgesetzgebung, deren Aufgabe zum guten Teil auf den Richter übertragen würde, tief untergraben[3]). Alle diese Bedenken entspringen, mögen sie auch nicht ganz von der Hand zu weisen sein, einem bewussten oder unbewussten Misstrauen gegen unseren Richter-

---

nach unten allzu weiten Strafrahmen eine starke Verwässerung der Strafbestimmungen und eine unsichere Rechtssprechung nach sich ziehen müssen, dass es unmöglich ist, mit speziellen Milderungsgründen alle erdenklichen Fälle zu berücksichtigen und dass die Begnadigung wohl berufen ist, Härten da zu beseitigen, wo eine Schuld vorhanden ist, nicht aber in den Fällen, wo von vornherein ein entsprechendes Verschulden nicht gegeben ist. (Studien 17.)

[1]) Begründung I, 321.

[2]) Begründung I, 322.

[3]) Siehe Jakusiel, Vortrag, Berl. Tagbl. 5. 2. 10; Weinberg, Neue Zeit, 1910, 726 bis 727; Bloch, Vortrag, DJZ 2, 456.

stand. Der Vorentwurf will jedoch erfreulicherweise wie in anderen Bestimmungen so ganz besonders hier grundsätzlich unseren bewährten Richtern mit vollem Vertrauen eine grössere Bewegungsfreiheit innerhalb der Schranken des Gesetzes einräumen, und kann sich deshalb von derartigen Bedenken nicht abhalten lassen, ein Institut zu schaffen, dessen Vorteile die Nachteile bei weitem überwiegen müssen. Die vom Vorentwurf im § 83 Abs. 2 gegebene Begriffsbestimmung, die das Gebiet wesentlich einschränkt, wird im übrigen für den verständigen Richter ein sehr brauchbarer und genügend deutlicher Fingerzeig sein, von diesem Milderungsrecht nur in den Fällen Gebrauch zu machen, für welche es vom Gesetzgeber bestimmt ist, und sich davor zu hüten, die besonders leichten Fälle als eine zu allgemeine Milderungsbefugnis zu betrachten. Es gehört unseres Erachtens zu den erfreulichsten Neuerungen des Vorentwurfs, dass nunmehr überall da, wo im Interesse der Gerechtigkeit ein Abweichen von der gesetzlich vorgeschriebenen Strafe angezeigt erscheint, in einer vollständig neuartigen bahnbrechenden Form dies Ziel voll und ganz erreicht werden kann. Mag der Weg, der zu diesem Ziel führen muss, auch gefährlich sein, so ist doch zu erwarten, dass nach einer der Irrtümer nicht entbehrenden Uebergangszeit unsere Richter die neue Befugnis gerecht, gewissenhaft, gleichmässig und, was die Hauptsache ist, möglichst sparsam gebrauchen werden. Dann wird die Strafmilderung in besonders leichten Fällen nur segensreiche Wirkungen äussern können. In erster Linie wird durch sie, wie Gretener[1]) richtig sagt, den Forderungen der Verhältnisse entsprochen, indem ungleiche Verhältnisse ungleich behandelt werden und Rücksicht darauf genommen wird, dass mit der abstrakten Rechtsregel der Fülle des Lebens und der Eigenart der vorkommenden Fälle nicht Rechnung getragen werden kann. Rolffs[2]) erkennt mit Recht an, dass durch diese Einrichtung das Schutzbedürfnis des Volkes ebenso berücksichtigt wird wie die Person des Täters. Kurz, der Kernpunkt der beifälligen Aufnahme[3]) von seiten

---

[1]) Gretener, Zurechnungsfähigkeit 9.

[2]) Rolffs, Gerichtssaal 75, 257.

[3]) Mit der Vorschrift grundsätzlich einverstanden erklären sich: Gretener (Zurechnungsfähigkeit 9), Heine (März 1909, 328), Kriegsmann (Kiel. N. N. 28. 12. 9), Lang (Soz. Monatshefte 1910, 30, 113), Lehmann (Sachbeschädigung 67 bis 68), v. Liszt (Vortrag, Recht 14, 438), Oetker (Strafen 24), Rolffs

des grösseren Teils der Kritik liegt darin, dass die Strafen nunmehr auch bei geringer Schuldenergie der Tat proportional sein können, dass unsere Strafgesetzgebung durch diese Milderung nicht nur nicht an Ansehen verliert, sondern dass im Gegenteil das Ansehen gefestigt und vergrössert wird, da ihr dann nicht mehr der Vorwurf der Starrheit und mangelnden Anpassungsfähigkeit gemacht werden kann. Wenn man somit die besonders leichten Fälle, soweit sie als allgemeiner Strafmilderungsgrund erscheinen, nur beifällig aufnehmen kann, so fallen doch die dort schon geltend gemachten, aber nicht genügend stichhaltigen Bedenken bei der Strafausschliessung durch die besonders leichten Fälle so schwer ins Gewicht, dass es doch besser scheinen würde, wenn der Vorentwurf vor dieser letzten Konsequenz Halt gemacht hätte. Hiedurch werden, abgesehen von manchen anderen Schäden, ohne Zweifel die strafrechtlichen Grundprinzipien erschüttert und das Vertrauen in die Rechtsordnung wird verscherzt. Die Strafmilderung bis zu einer ganz geringen Strafe herab erfüllt den Zweck ebensogut.

3. Die mildernden Umstände.

VE § 82: Soweit mildernde Umstände auf die Bestimmung der Art oder der gesetzlichen Grenzen der Strafe von Einfluss sind, ist dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen.

Mildernde Umstände liegen vor, wenn die für Milderung der Strafe sprechenden Gründe überwiegen.

Eine besondere Stellung unter den Milderungsgründen nehmen die mildernden Umstände ein. Sie umfassen alle Umstände vor, während und nach der Tat, die das Delikt in einem günstigeren Licht erscheinen lassen. Durch die mildernden Umstände ist der Gesetzgeber in der Lage, die ordentlichen Strafrahmen nach unten nicht allzu weit ausdehnen zu müssen. Dadurch bleiben diese für die gewöhnlichen und schwereren Fälle genügend streng und wirksam. Der Richter wird daran verhindert, allzu milde vorzugehen, und dem Strafgesetz wird die notwendige Autorität gesichert. Wo für milder zu be-

(Gerichtssaal 75, 257), v. Overbeck (VE z. ein. d. StGB), Calker, Rosenfeld (OestZSt 1, 328), Schierlinger (DJZ 2, 483), Wach (DJZ 15, 112), Warschauer (Pos. Zeit. 19. 12. 9), auch der Gegenentwurf hat in § 88 den § 83 des Vorentwurfs übernommen.

urteilende Fälle der ordentliche Strafrahmen zu hart ist, und auch keine kriminellen Bedenken gegen eine leichtere Strafe vorliegen, ist mit den mildernden Umständen ein zweiter Strafrahmen geschaffen, der eine nach Art und Mass oder wenigstens nach einer von beiden Richtungen mildere Strafe ermöglicht. Insbesondere wird dadurch oft die Zuchthausstrafe der ordentlichen Strafrahmen mit der Gefängnisstrafe vertauscht. Der Vorentwurf gibt im Gegensatz zum geltenden Recht eine Begriffsbestimmung der mildernden Umstände. Durch diese will der Gesetzgeber dem Richter, in erster Linie dem Laienrichter, eine Anweisung für die Zuerkennung derselben geben. Im geltenden Recht ist der Laienrichter beim Fehlen jeglicher Definition auf seine zweifellos oft recht unbestimmte gefühlsmässige Auffassung von den mildernden Umständen angewiesen. Demnach wird auch dieses Milderungsrecht sehr verschieden angewendet. Die einzige authentische Angabe für die Handhabung der mildernden Umstände im geltenden Recht ist, da sie in den Motiven steht, für den Laienrichter gar nicht bestimmt, und wäre ihrer ganzen Natur nach für ihn auch nicht ohne weiteres verständlich[1]). Besonderer Strafmilderungsgrund mit ausdrücklicher Bestimmung der gemilderten Strafe bei den einzelnen Tatbeständen sind die mildernden Umstände auch im Vorentwurf geblieben, doch wurde im einzelnen manches verändert, insbesondere sind auch einige Fälle berücksichtigt, wo bisher mildernde Umstände noch nicht vorgesehen[2]). Die Wiederaufnahme der mildernden Umstände als solcher, besonders aber ihr Wiedererscheinen in der Gestalt eines besonderen Strafmilderungsgrundes hat mehrfach die Erwartungen getäuscht und abfällige Kritik erfahren. Einige[3]) glauben, dass der Richter ein viel zu grosses unbestimmtes Milderungsrecht habe, wenn trotz der Einführung der besonders leichten Fälle die mildernden Umstände beibehalten und noch mehr ausgedehnt würden, und wollen sie deshalb im Vorentwurf weglassen. Diese Bedenken sind aber aus den auch für die besonders leichten Fälle sprechenden, schon oben[4]) erwähnten Gründen abzulehnen. Ausserdem kann man die mildernden Umstände

---

[1]) Siehe Begründung I, 318.

[2]) Der wichtigste Fall ist der, dass nunmehr auch bei Mord (§ 212) die Zubilligung mildernder Umstände möglich ist.

[3]) So Aschrott (Vortrag, DJZ 2, 456) und Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 315).

[4]) Siehe „Besonders leichte Fälle", S. 27 bis 30.

nicht zugunsten der besonders leichten Fälle beseitigen, um ein zu weitgehendes Milderungsrecht des Richters zu vermeiden, denn die beiden Milderungen sind in verschiedenen rechtlichen und praktischen Gesichtspunkten begründet, jede ist ein wichtiges und nützliches Glied des Vorentwurfs, keine kann durch die andere ersetzt werden und deshalb überflüssig sein. Mehrfach wird auch getadelt[1]), dass die mildernden Umstände vom Vorentwurf wiederum als besonderer Strafmilderungsgrund aufgenommen wurden, denn Gründe, die für eine Milderung der Strafe sprechen, könnten nicht nur in den vom Vorentwurf berücksichtigten Fällen, sondern überall vorliegen, und es wäre daher angebracht, die mildernden Umstände zum allgemeinen Strafmilderungsgrund zu machen. Demgegenüber ist auch auf die Ausführungen Reichardts[2]) zu verweisen, der mit Recht betont, dass nach der Begriffsbestimmung vom rein logischen Standpunkt aus eine allgemeine Zulassung der mildernden Umstände allerdings zu befürworten wäre, dass aber die Regelung des Vorentwurfs trotzdem gebilligt werden müsse, weil die mildernden Umstände aus kriminalpolitischen Gründen nicht überall zugelassen werden könnten[3]), und weil sie vielfach wegen der an sich sehr niedrigen Mindeststrafe des ordentlichen Strafrahmens sinnlos und überflüssig wären. Sollte aber dann folgerichtig die allgemeine Strafmilderung für alle Fälle durch eine gemeinsame Vorschrift des allgemeinen Teils[4]) geregelt werden, so würde dadurch zwar der besondere Teil vereinfacht werden, der grosse Spielraum aber, der dem Richter in dieser allgemeinen Strafbestimmung gelassen werden müsste, würde notwendig gerade hier bedenklich erscheinen. Viel besser ist es daher, die Strafrahmen für mildernde Umstände bei den einzelnen Tatbeständen des besonderen Teils zu belassen, denn nur dann kann die Strafe vom Gesetzgeber den Bedürfnissen des einzelnen Delikts in befriedigender Weise angepasst werden.

---

[1]) So von Hartmann (Allgem. Zeit., Chemnitz, 5. 1. 11), von v. Liszt (Ref. I, 378 bis 380, 387 und 388), von Löffler (OestZSt 1, 156). Auch die Verfasser des Gegenentwurfes wollen die mildernden Umstände zum allgemeinen Strafmilderungsgrund machen (§ 87 GE).

[2]) Reichardt, Blätter für Gefängniskunde 44, 20, ähnlich Schierlinger (DRZ 2, 481) und Wach (DJZ 15, 112).

[3]) Z. B. bei § 100 VE.

[4]) Aehnlich der Versuchsstrafe.

4. Die besonderen Strafmilderungsgründe des besonderen Teils.

Das Institut der mildernden Umstände ermöglicht bei der Mehrzahl der Delikte, alle nur irgendwie denkbaren nicht näher bestimmten Umstände, die eine mildere Strafe verlangen, entsprechend zu berücksichtigen. Trotzdem sieht sich der Gesetzgeber veranlasst, im besonderen Teil des Strafgesetzbuches bei mehreren Tatbeständen auch besondere Milderungsgründe anzuführen, da es Fälle gibt, in denen die vom richterlichen Ermessen allzu abhängigen unbestimmten mildernden Umstände keine genügende Sicherheit für eine gerechte Milderung der Strafe bieten. Insbesondere gibt es einige Delikte, die wegen ihrer Eigenart die Hervorhebung des individuellen gerade ihnen eigenen Milderungsgrundes direkt unentbehrlich machen, da sie auf Grund einer allgemeinen Einrichtung wie der mildernden Umstände seitens des Richters in den seltensten Fällen berücksichtigt werden würden.

Man kann nicht mit Unrecht bezweifeln, ob man es in allen unten aufgezählten Fällen mit besonderen Strafmilderungsgründen zu tun hat, denn einige unter ihnen könnte man auch als Unterart eines Tatbestandes mit speziellem Tatbestandsmerkmal bezeichnen. Die Grenze zwischen speziellem Tatbestandsmerkmal einerseits und Strafmilderungs- und -Schärfungsgründen anderseits ist eine flüssige. Am besten dürfte es sein, den Kreis letzterer auf Kosten ersterer möglichst weit zu ziehen, da sich hinter einem als besonderes Tatbestandsmerkmal erscheinenden Wortlaut des Gesetzes nicht selten ein besonderer Strafmilderungsgrund verbirgt[1]).

Mit den besonders leichten Fällen bei den Jugendlichen (§ 57 Abs. 4 StGB), sowie den minder schweren Fällen bei den Verbrechen gegen den Landesherrn oder ein Mitglied einer landesherrlichen Familie (§§ 90, 94, 96 StGB) will das Gesetz unabhängig von den mildernden Umständen die Strafe mildern. Im Gegensatz zu den mildernden Umständen sollen damit nicht die Tatsachen, welche die Tat begleiten, derselben vorausgehen oder nachfolgen, und deshalb die Schuld verringern, berücksichtigt werden, sondern allein die geringere objektive Schwere des Delikts, also nur Umstände, die in der Tat selbst liegen. In § 57 Abs. 4 mögen die besonders leichten Fälle, da sie die Aufstellung einer eigenen Strafe für die Jugendlichen,

[1]) Siehe Uebersicht S. 83 und 84, A. II. 1. a—g.

des Verweises, bezwecken, berechtigt sein. Die minder schweren Fälle aber sind eine überflüssige Einrichtung, da sie durch entsprechende Ausdehnung des ordentlichen Strafrahmens nach unten, im übrigen aber durch Zubilligung mildernder Umstände leicht ersetzt werden können.

Ist Totschlag durch Provokation veranlasst, so wird die Strafe gemildert. (§ 213 StGB.) Bei dem durch Misshandlung oder Beleidigung zum Zorn Gereizten tritt ein Zustand ein, der die Zurechnungsfähigkeit für den Augenblick vermindert, und den Täter deshalb für sein Delikt nicht mehr voll verantwortlich erscheinen lässt.

§ 216 StGB sieht für den, der jemand auf sein ausdrückliches und ernstliches Verlangen tötet, eine bedeutend mildere Strafe vor, da ein verbrecherischer Wille nur im geringen Masse vorliegt und in erster Linie das Mitleid mit dem Verlangenden die Tötung veranlasst.

In mehreren Fällen lässt die notstandsähnliche Lage des Täters eine mildere Bestrafung angezeigt erscheinen. Hierher gehört die leichtere Bestrafung desjenigen, der falsch schwört, weil eine wahre eidliche Aussage seine eigene strafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen würde, oder weil er durch den Meineid jemand, über den er die Aussage hätte verweigern können, aus Bedrängnis helfen wollte (§ 157 StGB). Bei der Kindstötung rechtfertigen die moralische und materielle Bedrängnis und ausserdem auch Erregung und psychische Depression eine geringere Strafe als bei Mord und Totschlag (§ 217 StGB). Wer falsches Geld als echt empfängt und nach erkannter Unechtheit trotzdem in Verkehr bringt, handelt in einem notstandähnlichen Zustand, da er sich entscheiden muss, ob er den Verlust selbst tragen oder durch das betrügerische Weitergeben des Gelds den Schaden meistens mühelos auf andere abwälzen will (§ 148 StGB). Auch die Entwendung von Nahrungs- und Genussmitteln (§ 370 Nr. 5) ist ein wegen naheliegenden Notstands und geringer objektiver Schwere milder bestrafter Diebstahl. Am deutlichsten zeigt sich der Notstand dann, wenn jemand eine Ueberschwemmung herbeiführt, um sein gefährdetes Eigentum zu schützen.

Die fakultative Milderung bei gegenseitigen leichten Körperverletzungen und Beleidigungen auf der Stelle ist begründet in dem Affekt, sodann darin, dass der Täter durch die ihm von anderen zugefügten Uebel schon zum Teil bestraft ist, nicht zum geringsten endlich in dem mehr privaten Charakter der Handlungen, die eine empfindliche Bestrafung nicht erfordern,

da das öffentliche Interesse nur wenig berührt wird (§ 233 StGB).

Bei allen genannten Milderungen spielt die mehr oder minder verringerte Schuld eine gewisse Rolle. Beim Widerruf des Meineids hingegen veranlasst nicht die geringere Schuld die Milderung, vielmehr ist diese hier eine Prämie, welche aus kriminalpolitischen Gründen für die rechtzeitige Richtigstellung der Aussage seitens des Meineidigen versprochen wird, um so in vielen Fällen nachträglich noch die für die Rechtsprechung hochwichtige wahrheitsgemässe eidliche Aussage zu erzielen.

Ein Blick auf die besonderen Milderungsgründe des Vorentwurfs zeigt ein gegenüber dem geltenden Recht stark verändertes Bild. Unverändert beibehalten werden, abgesehen von der Herabsetzung des Strafminimums, die Bestimmungen über Tötung auf Verlangen (§ 215 VE) und über Kindstötung (§ 216 VE). Die Milderung bei Inverkehrbringen falschen Gelds, das als echt empfangen wurde, ist geblieben und ausgedehnt auf den bisher straflosen analogen Fall der Münzverringerung (§ 161 Abs. 2 VE). Die Entwendung (§ 370 Nr. 5 StGB) erscheint im Vorentwurf an dem ihr gebührenden Platz beim Diebstahl (§ 272 VE). Die im Gesetz nur stillschweigend unterlegten Milderungsgründe, Not und Befriedigung eines Gelüstes, sind jetzt ihrer Wichtigkeit wegen ausdrücklich angeführt.

Meuterei (§ 130 Abs. 2 VE) und Landfriedensbruch (§ 133 Abs. 2 VE) werden im Vorentwurf, falls die verübten Gewalttätigkeiten nur geringfügig sind, weniger schwer gesühnt. § 189 VE sieht eine mildere Strafe für Brandstiftung, Verursachung einer Ueberschwemmung usw. vor, wenn der Schaden gering ist und keine Menschenleben gefährdet wurden. In diesen drei Fällen empfiehlt sich die Strafmilderung wegen geringer objektiver Schwere, da die ordentlichen Strafrahmen sehr streng sind. Im Strafgesetzbuch kann bei Meuterei keine leichtere Strafe verhängt werden, bei Landfriedensbruch und Brandstiftung können die genannten Milderungsgründe wenigstens durch Zubilligung mildernder Umstände berücksichtigt werden.

Neue Milderungsgründe endlich, die im Gesetz auch nicht durch Zubilligung mildernder Umstände berücksichtigt werden können, sind im Vorentwurf zwei vorhanden; der eine ist die als Notstand angesehene Unkenntnis des Sachverhalts bei Kreditwucher (§ 302 Abs. 3 VE) und bei Verleitung Minderjähriger zu Schulden (§ 304 Abs. 2 VE), ein Milderungsgrund, der lebhaft erinnert an den bei Inverkehrbringen falschen und ver-

ringerten Gelds (§§ 160 und 161 VE). Den anderen finden wir bei Zweikampf mit Vorkehrungen gegen Lebensgefahr, da durch Ausschaltung der Lebensgefahr dieses Delikt seines schwerwiegenden Charakters beraubt ist. (§ 224 VE.)

Die Verfasser des Vorentwurfs sehen sich somit veranlasst, im Interesse einer möglichst gerechten Bestrafung, die alle wichtigen, die Schuld beeinflussenden Momente berücksichtigt, einige ganz neue besondere Milderungsgründe aufzustellen. Es wird sogar manches, was im geltenden Recht durch die mildernden Umstände berücksichtigt werden kann, noch ausdrücklich als Milderungsgrund hervorgehoben, um zu verhüten, dass bei der sehr verschiedenartigen Rechtssprechung in bezug auf die Zubilligung der unbestimmten mildernden Umstände gerade oft die wichtigsten Punkte übersehen werden (§§ 133 und 189 VE). Anderseits sind im Vorentwurf einige besondere Milderungsgründe weggefallen (§§ 57, 94, 96, 157, 158, 213, 233, 313 StGB). Diese können ohne Ausnahme durch Zubilligung mildernder Umstände und durch die besonders leichten Fälle berücksichtigt werden. Es ist überflüssig, diese ausdrücklich hervorzuheben, da sie wegen ihrer auffälligen Natur von einem gewissenhaften Richter nicht übersehen werden können. Die niemals erschöpfende Aufzählung vieler Milderungsgründe kann den Richter oft dazu verleiten, dass er etwa ausserdem noch vorhandene ungenannte Milderungsgründe nicht beachtet; es dürfte daher die Massregel des Vorentwurfs, die zudem die Verbrechenstatbestände einfacher und übersichtlicher erscheinen lässt, zu begrüssen sein.

Zweiter Hauptteil.

Strafschärfung.

1. Allgemeine Schärfungsgründe des Vorentwurfs, die in besonderen Schärfungsgründen des Gesetzes ein Vorbild haben.

a) Schärfung bei Gewinnsucht durch Geldstrafe.

VE § 36: Neben der wegen eines Verbrechens oder Vergehens verwirkten Freiheitsstrafe kann, wenn die Handlung auf Gewinnsucht beruht, auf Geldstrafe bis zu 10 000 Mark erkannt werden.

Unser geltendes Recht sieht bei einer Reihe von Delikten, die besonders häufig durch Gewinnsucht veranlasst werden, Strafschärfung dann vor, wenn sie in gewinnsüchtiger Absicht begangen werden. Der Vorentwurf hat diesen besonderen Strafschärfungsgrund für mehrere Fälle übernommen[1]). Darüber hinaus hat er in § 36 die Gewinnsucht auch zum allgemeinen Schärfungsgrund gemacht, da sie nicht nur einzelne bestimmte, sondern beinahe alle Delikte verursachen kann. Der Vorentwurf hat sich zur Einführung dieses neuen allgemeinen Schärfungsgrundes wohl nicht deshalb entschlossen, weil hiefür ein unabweisliches Bedürfnis vorliegt. Für einzelne wichtige Fälle ist ja im besonderen Teile gesorgt und die ordentlichen Strafrahmen bieten an sich nach oben genügenden Spielraum für eine entsprechend strenge Zumessung in dieser Richtung. Mit gleichem Recht könnte man allgemeine Strafschärfung bei beabsichtigter schwerer Folge, bei Anwendung besonders verwerflicher Mittel und in manchen anderen Fällen verlangen. Diese Schärfung hat der Vorentwurf vielmehr deshalb eingeführt, weil man in der Geldstrafe über eine Strafart verfügt, die sich in ganz hervorragender Weise zu erfolgreicher Be-

---

[1]) Siehe besondere Schärfungsgründe S. 69 und vergleichende Uebersicht S. 84.

kämpfung der Gewinnsucht eignet, macht sie sich doch für den Gewinnsüchtigen durch Einwirkung auf das Vermögen als besonders empfindliches Strafübel fühlbar[1]). Ein solches wirksames Mittel durfte nicht unanwendbar bleiben zur Bekämpfung der Gewinnsucht, dieses leider nur allzu häufigen abscheulichen Beweggrunds zu vielen Verbrechen und Vergehen. Der Gesetzgeber strebt daher mit kumulativer Geldstrafe nicht so sehr die Schärfung der Strafe als die Anwendung derjenigen Strafart neben der unvermeidlichen Freiheitsstrafe an, die ihren Zweck am besten erfüllt[2]). Da es sich also im § 36 in erster Linie um die Art der Schärfung und weniger um den Schärfungsgrund selbst handelt, scheint es auch erklärlich, dass der Vorentwurf diese Bestimmung in dem Abschnitt über die Strafen und nicht, wie eigentlich zu erwarten wäre, in dem Abschnitt über Strafzumessung bringt[3]). Die für diese Strafschärfung sprechenden Gesichtspunkte werden zweifellos vollständig verkannt, wenn man, wie Köhler[4]), die Schärfung durch Geldstrafe auf alle diejenigen Fälle ausdehnen wollte, wo ein Delikt begangen wird, um jemandem Schaden zuzufügen, oder wo ein Schadensersatz möglich ist, oder wenn man, wie Brenske[5]), aus fiskalischen Rücksichten eine Schärfung durch Geldstrafe überall ermöglichen wollte. Die Zweckmässigkeit einerseits, sowie die bedeutenden Nachteile der Geldstrafe anderseits sind bei derartigen Forderungen nicht richtig beurteilt.

Als unrichtig bezeichnet es mit Recht Lilienthal[6]), dass der Vorentwurf für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe nicht eine Ersatzstrafe vorsieht, denn bei der meist bedeutenden Höhe der erkannten Geldstrafe muss es zu Härten führen, wenn sie nach dem gewöhnlichen Massstab in Freiheitsstrafe umgewandelt wird.

---

[1]) Siehe Begründung, 1. Teil, S. 128.

[2]) Richtig v. Lilienthal: Die Anordnung von Geldstrafe als Nebenstrafe bedeutet unter Umständen eine sehr wichtige Individualisierung der Strafe. (M. Schr. Krim. Psych. 6, 533.)

[3]) Wach hingegen möchte die Vorschrift im Abschnitt über Strafzumessung unterbringen (Ref. I, 3). Auch der Gegenentwurf bringt sie im Abschnitt über Strafbemessung (§ 85 GE). Aschrott möchte die Vorschrift systematisch mit § 18 verbinden (Ref. I, 124 bis 126).

[4]) Siehe Hirths Annalen 43, 170.

[5]) Siehe ZStW 30, 719.

[6]) Siehe DJZ 15, 391.

b) Rückfall.

VE § 87: Wer wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens Freiheitsstrafe erlitten hat und binnen 5 Jahren wiederum ein Verbrechen oder ein vorsätzliches Vergehen begeht, wegen dessen er Freiheitsstrafe verwirkt hat, befindet sich im Rückfall.

§ 88: Für die Bestrafung des Rückfalls gelten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, folgende Vorschriften:

Die Strafe ist innerhalb der gesetzlichen Grenzen angemessen zu erhöhen.

Im dritten und ferneren Rückfall beträgt die Strafe mindestens $^1/_4$ und höchstens das Doppelte der angedrohten höchsten Strafe, doch darf der gesetzliche Höchstbetrag der zur Anwendung kommenden Strafart nicht überschritten werden. Von mehreren angedrohten Strafarten ist die schwerste zu wählen.

Liegen besondere Umstände vor, welche die im Abs. 3 vorgesehene Mindeststrafe zu hart erscheinen lassen, so kann die Strafe milder bestimmt werden, sie soll aber die gesetzliche Mindeststrafe erheblich übersteigen.

Der Rückfall gilt in unserem Strafgesetzbuch als Schärfungsgrund nur bei den Vermögensdelikten: Diebstahl (§§ 244, 245), Hehlerei (§ 261), Betrug (§ 264) und Raub (§ 250 Abs. 5). Es ist unerfindlich, warum das geltende Recht nicht dem Beispiel der meisten modernen Strafgesetze gefolgt ist und den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund anerkannt hat, können doch die bei rückfälliger Begehung der genannten Delikte für Strafschärfung sprechenden Gründe: Intensive verbrecherische Gesinnung, besondere Gefährlichkeit des Täters, Erfolglosigkeit der vorausgegangenen Strafe usw., auch bei den meisten anderen Delikten vorliegen. Wenn schon die Vermögensdelikte am häufigsten im Rückfall begangen werden und deshalb die Berücksichtigung des Rückfalls bei ihnen unserem Strafgesetz angebracht erscheint, so hätte es diesen Gedanken konsequent verfolgen müssen und Schärfung nicht nur bei den genannten, sondern auch bei den übrigen gleichartigen Delikten, wie z. B. Unterschlagung, Erpressung und Untreue, vorsehen müssen. Der Vorentwurf hat nunmehr den Rückfall zum allgemeinen Strafschärfungsgrund gemacht. Während das geltende Recht in dieser Richtung nur den allerdringendsten Bedürfnissen des Lebens Rechnung getragen hat, nimmt der Vorentwurf unter nahezu einstimmigem Beifall der Kritik darauf Rücksicht, dass die Gründe, welche den Rückfall bei den Vermögensdelikten einer strengeren Strafe würdig machen, auch

bei allen übrigen Delikten vorliegen können[1]). Es mag wohl einzelne Deliktsarten geben, bei denen Rückfall unwahrscheinlich ist[2]). Immerhin verlangen doch wiederum eine Reihe von anderen Delikten dringend Rückfallsschärfung[3]).

Im geltenden Recht wird die Strafe nur dann geschärft, wenn Rückfall in das gleiche[4]) oder wenigstens in ein ähnliches[5]) Delikt erfolgt ist. Die Gleichartigkeit ist hier schon durch die Beschränkung des Rückfalls auf die Vermögensdelikte notwendig bedingt. Behandelt man aber den Rückfall als allgemeinen Strafschärfungsgrund, so gewinnt die Frage Bedeutung, ob der Täter nur dann, wenn das gleiche oder ein gleichartiges Delikt wieder begangen wird, strenger bestraft werden soll, oder schon dann, wenn er wegen irgendeines, also unter Umständen wegen eines ganz anderen ungleichartigen Verbrechens oder Vergehens vorbestraft ist. Der Vorentwurf hat den Strafschärfungsgrund auch auf den ungleichartigen Rückfall ausgedehnt[6]). Die Verfasser des Vorentwurfs scheinen, wenn sie die Rückfallsschärfung auch bei Ungleichartigkeit eintreten lassen, in allzu ängstlicher Weise auf möglichst einfache Handhabung in der Praxis Rücksicht zu nehmen. Mit Recht lehnt es der Vorentwurf ab, einzelne Gruppen von solchen gleichartigen Delikten zu bilden[7]), die erfahrungs-

---

[1]) Die allgemeine Strafschärfung billigen: Köhler (Hirths Annalen 43, 187), Kriegsmann (Kiel. N. N. 28. 12. 9), von Lilienthal (ZStW 30, 231), v. Liszt (Ref. I. 388). Reichardt (Blätter f. Gefängnisk. 44, 35). Warschauer (Pos. Zeit. 19. 12. 9), Allfeld (Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung (Beitrag zur Strafrechtsref., S. 160 und 161), Kahl (26. DJT. 3, S. 233), v. Calker (26. DJT. 2, S. 250 und 251).

[2]) Z. B. bei Hochverrat, Landesverrat, Vergehen gegen die Wehrpflicht.

[3]) Z. B. die Sittlichkeitsdelikte, die Roheitsdelikte, die gemeingefährlichen Vergehen.

[4]) So bei Betrug (§ 261 StGB) und bei Hehlerei (§ 264 StGB).

[5]) So bei Raub (§ 250 Abs. 5 StGB) und bei Diebstahl (§§ 244 und 245 StGB).

[6]) Warschauer (Pos. Zeit. 19. 12. 9), Berlin. N. N. (13. 11. 9), Leipzig. N. N. (24. 12. 9) und Neue Preuss. Zeitung (5. 8. 10) billigen, dass der VE von der Gleichartigkeit der Rückfallstat absieht.

[7]) Högel (Seuff. Bl. 75) und Dresdener Anzeiger (26. 4. 10) schlagen vor, Deliktsgruppen zu bilden, die nach der Art des angegriffenen Rechtsguts abgegrenzt werden sollen und nur die Delikte der gleichen Gruppe unter sich Rückfall begründen zu lassen.

gemäss wegen des gleichen angegriffenen Rechtsguts oder wegen der gleichen bzw. ähnlichen verbrecherischen Tätigkeit auf eine gemeinsame Triebfeder schliessen lassen; denn, wie Liszt[1]) mit Recht sagt, beruhen einerseits gleichartige Delikte durchaus nicht immer auf derselben Triebfeder, anderseits können völlig ungleichartige Delikte wiederum eine gemeinsame Triebfeder haben. Auch kann die Zusammenstellung derartiger Deliktsgruppen immer nur willkürlich und lückenhaft sein. Richtig ist es ferner, wenn die Begründung sagt[2]), dass die Verbrecher, welche sich auf den verschiedensten Gebieten betätigen, mitunter strafwürdiger und gefährlicher sind als solche, die immer nur dasselbe Delikt wiederholen, und dass deshalb ihnen gegenüber die Rückfallsstrafe sehr angebracht sei[3]). Dem ist aber zu entgegnen, dass sehr oft ungleichartiger Rückfall nicht auf eine tiefer sitzende bestimmte verbrecherische Neigung schliessen lasse, da er vielfach nur durch günstige Gelegenheit, Not, Verführung usw. verursacht werde. Deshalb muss die bedingungslose Rückfallsschärfung bei Ungleichartigkeit häufig zu unbilligen Härten führen. Wenn es aber nicht möglich ist, das zwischen den einzelnen Delikten vermittelnde Band, die gemeinsame Triebfeder, durch in sich gleichartige Deliktsgruppen einwandfrei zu kennzeichnen, und wenn die Ausdehnung der Rückfallsstrafe auf die ungleichartigen Delikte vielfach über das Ziel hinausschiessen muss, warum schränkt man nicht einfach den Rückfall für alle Delikte nach Liszts Vorschlag[4]) durch das Moment der gemeinsamen Triebfeder ein? Dann ist doch das Ziel, nämlich die strengere Bestrafung derjenigen, welche allein eine empfindliche Strafschärfung verdienen, am besten erreicht. Die Begründung sagt, dass es schwer sei, das rein subjektive Moment der gemeinsamen Triebfeder festzustellen, und dass die Rechtssprechung in dieser Richtung deshalb ungleichmässig und widerspruchsvoll werden müsste. Das ist aber, wie Liszt mit Recht ausdrücklich betont, nicht zu befürchten, und die gemeinsame Triebfeder kann durch den Richter an der Hand der Akten ebensogut, wenn nicht leichter, festgestellt werden wie so manche andere subjektive Momente, wie ehrlose Gesinnung, gewinnsüchtige Absicht, ge-

---

[1]) Siehe Liszt, Ref. I, 388, 389.

[2]) Siehe Begründung, 1. Teil, S. 332.

[3]) Siehe auch Neue Preuss. Zeit. (5. 8. 10).

[4]) Siehe Liszt, Ref. I, 388 und 389.

minderte Zurechnungsfähigkeit u. a. m. Das alles fordert der Vorentwurf ohne Bedenken vom Richter. Die Lisztsche Fassung des § 87 des Vorentwurfs:

> Wer wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden ist und binnen drei Jahren wiederum ein auf derselben Triebfeder[1]) beruhendes Verbrechen oder Vergehen begeht, befindet sich im Rückfall,

dürfte daher der des Vorentwurfs vorzuziehen sein, da der Vorentwurf den Rückfall auf eine allzu breite Grundlage gestellt hat[2]).

Vielfach wird bestritten, ob die allgemeine Rückfallstrafe die empfindliche Bestrafung derjenigen Elemente, die getroffen werden sollen, gewährleisten kann. Sie ist in der Hauptsache bestimmt für die besonders verbrecherisch Gesinnten, die im Anfangsstadium Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen, soweit diese nicht anderweitig berücksichtigt sind, sowie die Hartnäckigen, durch die gewöhnlichen Strafen schwer zu beeinflussenden Uebeltäter. Ist hiezu die Rückfallstrafe das einzige und richtige Mittel? Die Begründung glaubt es in ihren eingehenden Ausführungen unbedingt bejahen zu können. Dem können wir jedoch nicht in allen Punkten beistimmen. Solange der Rückfall auf die vier im Gesetz berücksichtigten Vermögensdelikte beschränkt war, schien die Frage weniger vordringlich, denn einer von den für Rückfallstrafe sprechenden Gründen musste bei der mehrmaligen Begehung dieser Art von Delikten fast regelmässig vorliegen. Hier ist es daher unbedenklich, eine bereits wegen eines gleichen oder ähnlichen Delikts abgebüsste Strafe als sicheres Kennzeichen einer erhöhten Strafwürdigkeit zu betrachten. Ganz anders ist es im Vorentwurf, wo diese besondere Strafschärfung zur allgemeinen wird und auch auf ungleichartige Delikte erstreckt ist. Die Begründung[3]) verteidigt ausführlich den im Vorentwurf eingenommenen Standpunkt gegen die Einwendungen der Gegner, worauf wir aber hier nur mit wenigen Worten eingehen können. Die Gegner der Rückfallschärfung bezeichnen nicht mit Unrecht

---

[1]) Nicht minder zutreffend verlangt der Gegenentwurf ganz ähnlich statt „derselben Triebfeder“ „dieselbe Neigung“ zur Rückfallbegründung (§ 95 GE).

[2]) Dieser Meinung sind ausser Liszt noch: Högel (Seuff. Bl. 75), Oetker (Strafen, 26 und 27), Dresdener Anzeiger (26. 4. 10) und Freis. Zeit. (23. 3. 10).

[3]) Siehe Begründung, 1. Teil, S. 337 bis 342.

die Rückfallschärfung, die doch in erster Linie die gewohnheitsmässigen, hartnäckig verbrecherisch gesinnten und unverbesserlichen Uebeltäter treffen soll, als formalistisch und mechanisch[1]). Einerseits erfasst die Schärfung wegen Rückfalls bei weitem nicht alle verbrecherisch gesinnten und gewohnheitsmässigen Täter, da viele, die noch nicht vorbestraft sind, zu diesen gehören, anderseits werden viele rückfällig aus einem Beweggrund, der nicht auf verbrecherische Gesinnung schliessen lässt, wie z. B. durch Not, Verführung, schlechtes Beispiel und besonderen Anreiz[2]). Demgegenüber weist die Begründung mit Recht darauf hin, dass Gewohnheitsmässigkeit, eingewurzelte verbrecherische Gesinnung, Hartnäckigkeit und Unverbesserlichkeit sehr schwer zu selbständigen allgemeinen Strafschärfungsgründen zu machen seien, da derartige rein subjektive Merkmale in der Ausdehnung auf das ganze Strafgesetzbuch doch sehr schwer ohne jeden objektiven Anhaltspunkt so einwandfrei festgestellt werden könnten, dass darauf eine so folgenschwere tief einschneidende Strafschärfung aufgebaut werden könnte. Die Richter würden deshalb, wollte man diese zu allgemeinen Strafschärfungsgründen an Stelle des Rückfalls machen, doch immer wieder mangels eines anderen zuverlässigen Anhaltspunkts den Rückfall als einziges einigermassen sicheres Kennzeichen dieser Eigenschaft betrachten, und man wäre damit auf dem alten Standpunkt[3]). Wollte man die Rückfallschärfung beseitigen, so müsste man an ihre Stelle, um sie voll ersetzen zu können, mehrere allgemeine Strafschärfungsgründe, wie z. B. intensive verbrecherische Gesinnung, beson-

---

[1]) So Oetker (Strafen, 26 bis 27) und Freis. Zeit. (23. 3. 10).

[2]) Siehe Frankfurt. Zeitung (21. 12. 9).

[3]) Auch Köhler (Hirths Ann. 43, 187), v. Lilienthal (ZStW 30, 230 bis 231), Warschauer (Pos. Zeit. 19. 12. 9), Neue Preuss. Zeit. (5. 8. 10) billigen, dass der Vorentwurf dem Vorschlag, nicht auf die Rückfälligkeit als Symptom einer verbrecherischen Gesinnung und Gewohnheit, sondern auf die verbrecherische Gesinnung selbst abzustellen, nicht gefolgt ist. Dagegen befürchtet Oetker beim Rückfall eine schematische und mechanische Beurteilung der Vorstrafen, auch Wach sagt, dass der mechanische Zug der Rückfallstrafe unvorteilhaft mit den sonstigen Strafzumessungsgründen und Strafänderungsgründen kontrastiere. Allfeld (Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, Beiträge zur Strafrechtsref., S. 160, 161) will nur mehr die verbrecherische Gesinnung als Strafschärfungsgrund gelten lassen, den Rückfall jedoch noch als Straferhöhungsgrund anerkennen.

dere Hartnäckigkeit u. a. m. schaffen, was das Gesetz unnötig belasten würde, die Einfachheit und Uebersichtlichkeit wesentlich verringern und dem Richter die Handhabung des Gesetzes erschweren würde. Die Begründung betont ausserdem mit Recht, dass die Rückfallschärfung neben den genannten Zielen in erster Linie einen bereits vorbestraften Täter, der neuerdings innerhalb einer bestimmten Zeit aus Leichtsinn, mangelnder Widerstandskraft gegenüber einem neuen Anreiz zum Verbrechen, aus Mangel an Selbstbeherrschung im Affekt gefehlt hat, wegen seiner hiedurch bekundeten sozialen Gefährlichkeit strenger bestrafen soll. Die ordentliche Strafe würde in solchen Fällen nicht ausreichen, derartigen Charakterfehlern ein Gegengewicht zu bieten und neue Delikte zu verhüten. Dies ist der einzige Gesichtspunkt, von dem aus die Rückfallstrafe als solche unter allen Umständen gerechtfertigt werden kann. Lehnt man aber wegen der Schwierigkeit in der praktischen Durchführung eine Strafschärfung, die direkt auf verbrecherische Gesinnung oder Gewohnheitsmässigkeit beruhen soll, ab, so bleibt nichts anderes übrig, als den Rückfall zum allgemeinen Schärfungsgrund zu machen. Ohne Zweifel ist der Rückfall, d. h. die Tatsache, dass jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens innerhalb einer bestimmten Zeit mit Freiheitsstrafe vorbestraft ist, wegen seiner leichten Feststellbarkeit im Strafprozess ein sehr willkommenes Kennzeichen für die obengenannten der Strafschärfung zuzuführenden Täter. Da die Rückfallstrafe aber wegen ihres schematischen Charakters nun einmal doch die Gefahr in sich schliesst, solche Elemente zu treffen, denen gegenüber die Strafschärfung nicht angebracht ist, erscheint sie in der unbeschränkten Ausdehnung, wie sie der Vorentwurf anwenden will, doch bedenklich. Es wäre daher auch mit Rücksicht hierauf der Vorschlag Liszts[1]), die allgemeine Rückfallschärfung auf die Fälle zu beschränken, wo eine gemeinsame Triebfeder vorliegt, zu befürworten. Wenn die vielen Fälle, in denen die mehreren Delikte einen ganz verschiedenen Beweggrund haben, wegfielen, würde gerade das grosse Gebiet ausgeschieden werden, wo sich die Schärfung wegen Rückfalls oft als sehr äusserlich und schematisch begründet erweisen könnte. Innerhalb des übrigen Gebietes, das durch die gemeinsame Triebfeder gekennzeichnet ist, liessen sich allerdings auch noch Fälle denken, wo eine Schärfung innerlich nicht begründet wäre. Da aber dieser Mangel sich nicht beseitigen

[1]) Liszt, siehe Ref. I, S. 390 ff.

lässt, so muss der Richter in diesen Fällen, um Ungerechtigkeiten zu vermeiden, zu den ihm verfügbaren Auskunftsmitteln greifen. Als solches kommt in erster Linie in Betracht § 88 Abs. 4. Hier wird der Richter, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die im Abs. 3 vorgesehene Mindeststrafe hart erscheinen lassen, ermächtigt, eine mildere Strafe auszusprechen. Ausserdem können auch die besonders leichten Fälle wertvolle Dienste leisten.

Die Bestimmung des Vorentwurfs, dass Rückfall dann vorliege, wenn jemand sich wiederum eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens schuldig macht, obwohl er bereits wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens eine Freiheitsstrafe erlitten hat, ändert gegenüber den besonderen Rückfallsschärfungen des Strafgesetzbuchs nichts am Begriff des Rückfalls. Das Gebiet der Uebertretungen bleibt also vollständig ausser Betracht, da bei so geringfügigen Gesetzesverletzungen für Schärfung kein Bedürfnis vorhanden ist.

Rückfall liegt im Vorentwurf vor, wenn Zuchthaus, Gefängnis oder Haftstrafe vorausgehen, bzw. durch die spätere Handlung verwirkt sind. Die Geldstrafe bleibt ausser Betracht, während sie im Gesetz bei Betrug[1]) für den Fall der Zuerkennung mildernder Umstände Rückfall begründen kann. Es mag für gewöhnlich richtig sein, die Geldstrafe nicht zu berücksichtigen, da sie im allgemeinen als wahlweise Strafe nur dann ausgesprochen wird, wenn es sich um einen leichteren Fall handelt, und da bei wiederholter Begehung auch ohne Rückfallschärfung zur wirkungsvolleren Freiheitsstrafe übergegangen werden kann. Handelt es sich aber um wiederholte und grosse Geldstrafen, so würde es sich doch empfehlen, durch sie Rückfall begründen zu lassen, da es auch Vergehen gibt, die nur mit Geldstrafen bedroht sind[2]), und eine mehrmalige Begehung derselben trotz wiederholter Zuerkennung einer Geldstrafe auch auf eine intensivere verbrecherische Gesinnung und auf Wirkungslosigkeit weniger schwerer Strafübel schliessen lässt[3]). Wenn man aber schon einmal die Geldstrafe nicht berücksichtigt, so müsste man, wie Köhler[4]) mit Recht verlangt, auch die Ersatzfreiheits-

---

[1]) StGB §§ 263, 264.

[2]) Z. B. VE § 188.

[3]) Die Berücksichtigung von Geldstrafen befürworten v. Lilienthal (ZStW 30, 231) und Köhler (Hirths Ann. 43, 188).

[4]) Siehe Hirths Ann. 43, 188.

strafe dieser gleich achten. Im anderen Falle werden die zur Bezahlung von Geldstrafen unfähigen unteren Schichten ungleich strenger bestraft, was den Vorwurf der Klassenjustiz begründen würde.

Die Haftstrafe hat im Vorentwurf grössere Bedeutung als im Gesetz und wird deshalb in Betracht gezogen.

Die §§ 244 und 245 des Gesetzes bestimmen, dass Rückfallschärfung dann einzutreten habe, wenn die früheren Strafen ganz oder teilweise erlassen sind. Der Vorentwurf hat mit Recht den Rückfall bei vollem Erlass der vorausgehenden Strafe nicht mehr vorgesehen, da er die Schärfung in erster Linie darin begründet sieht, dass sich der Vollzug der vorausgehenden Strafe als wirkungslos erwiesen hat. Bei Straferlass kann man aber nicht feststellen, ob der Vollzug der Strafe den Täter so weit gebessert oder abgeschreckt hätte, dass er sich dadurch von weiteren Straftaten hätte abhalten lassen. Wenn die Strafe nur verhängt, nicht aber vollstreckt worden ist, kann nicht unter allen Umständen ein Erfolg erwartet werden, da dies Unverdorbenheit und ein höheres Mass von Ehrgefühl erfordern würde.

Der Rückfall ist vom Vorentwurf auf vorsätzliche Straftaten beschränkt. Das ist zu billigen, insoweit auf eine fahrlässige eine vorsätzliche Handlung oder umgekehrt folgt, da, wie die Begründung mit Recht betont, auf jeden Fall jeder Strafschärfung begründende Zusammenhang zwischen den strafbaren Handlungen fehlt. Sobald es sich aber nur um fahrlässige Delikte handelt, wäre die Rückfallstrafe wenigstens bei mehrfacher Straffälligkeit sehr angebracht, da sich hierin ein so hohes Mass von eingewurzelter Nachlässigkeit und Frevelhaftigkeit offenbart, dass ein Einschreiten mit empfindlicher Strafe im Interesse des Täters und der Allgemeinheit gerechtfertigt ist[1]).

Im geltenden Recht dürfen die verbüsste Vorstrafe und die neue Straftat nicht weiter als zehn Jahre auseinanderliegen, um Rückfall begründen zu können. Diese zehnjährige Rückfallverjährung wird dadurch in unbilliger Weise hinausgezogen, dass diese Frist, falls mehrere Vorstrafen nötig sind, erst von

---

[1]) Für Berücksichtigung der Fahrlässigkeit: v. Liszt (Ref. I, 390), v. Lilienthal (ZStW 30, 231), v. Overbeck (SchwZSt 23, 32) sagt richtig, in der Nichtbeachtung der Fahrlässigkeit liege trotz der Ausführungen der Begründung (S. 348) eine Unterschätzung der Fahrlässigkeit in der Gefährlichkeit für das Rechtsleben.

der Verbüssung der letzten Strafe an gerechnet wird. Der Vorentwurf hat die Rückfallverjährung ganz allgemein auf fünf Jahre herabgesetzt. Dies rechtfertigt sich in erster Linie daraus, dass der Rückfall überall und auch bei ungleichartigen Delikten die Strafe schärft und bei einem Zwischenraum von mehr als fünf Jahren bezweifelt werden kann, ob die für Schärfung sprechenden Gründe vorliegen. Der Vorschlag, die Verjährungsfrist sogar auf drei Jahre herabzusetzen[1]), geht sicher zu weit, da eine verbüsste Strafe auf den Täter nicht den erforderlichen Eindruck gemacht hat, wenn er sich dadurch nicht mindestens fünf Jahre von neuen Rechtsbrüchen abhalten lässt. Die dreijährige Verjährung zu wählen, weil erfahrungsgemäss die Rückfälle zum grossen Teil sehr bald nach Verbüssung der Strafe, also mindestens innerhalb dreier Jahre, eintreten, wäre verfehlt, denn auch die späteren Rückfälle erfordern, wenn sie auch seltener sind, eine empfindliche Strafe.

Der Vorentwurf sagt nichts darüber, dass auch Vorstrafen des Auslands im Inland Rückfall begründen können[2]), während nach § 89 VE bei Strafschärfung wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit[3]) die ausländischen Vorstrafen zu berücksichtigen sind. Die Begründung verteidigt die widerspruchsvolle Stellungnahme des Vorentwurfs in dieser Frage damit, dass es sehr schwierig sei, ausländische Vorstrafen festzustellen. Bei der Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit müsste diese Schwierigkeit wegen der bedeutenden in Betracht kommenden Schärfung wohl oder übel überwunden werden, bei Rückfall hingegen werde der Gesetzgeber durch die hier minder starke Straferänderung gegenüber der ordentlichen Strafe veranlasst, auf die Berücksichtigung der ausländischen Vorstrafen zu verzichten. Warum sollte aber gerade mit Rücksicht hierauf die Rückfallschärfung so wenig wichtig erscheinen, dass sie ganz einfach vernachlässigt werden kann, obwohl alle Umstände, die eine Schärfung dringend verlangen, vorhanden sind, und auf Grund von Vereinbarungen die erforderlichen Auskünfte sicher zu erhalten sind? Wo sich die nötigen Unterlagen wirklich nicht beschaffen lassen, muss man eben auf Verschärfung verzichten. Die Begründung stösst sich doch auch

---

[1]) Siehe Gegenentwurf § 95.

[2]) v. Liszt (Ref. I, S. 390) ist für Berücksichtigung der ausländischen Strafen und hält die Bedenken der Begründung nicht für stichhaltig. Siehe auch OVE § 64 Abs. 2.

[3]) Siehe Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, S. 55, 56.

bei der Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit nicht daran, dass die Schärfung auf Grund ausländischer Vorstrafen nur so weit Platz greife, als sie ausführbar ist, d. h. soweit die ausländischen Vorstrafen nachgewiesen werden können. Auch sonst erweist es sich in der Rechtssprechung bisweilen als unmöglich, alle für eine entsprechende Bestrafung geeigneten Momente zu ergründen, ohne dass dies dahin führt, dass deshalb ganz auf die Verwendung derartiger Anhaltspunkte verzichtet würde. Der Gegenentwurf verlangt deshalb mit Recht auch die Berücksichtigung ausländischer Vorstrafen.

Die Arten der Strafschärfung bei Rückfall im geltenden Recht und im Vorentwurf lassen sich nicht gut einander gegenüberstellen, da sie dort bei den einzelnen Tatbeständen geregelt, hier in einer allgemeinen Bestimmung festgelegt sind. Im geltenden Recht schärft man die Strafe durch Uebergang von der Gefängnisstrafe zur Zuchthausstrafe oder Hinaufsetzung des Strafminimums bei Zuchthausstrafe. Bei Diebstahl im Rückfall wird, je nach den vorausgegangenen Delikten, die Strafe durch Uebergang von Gefängnis auf Zuchthaus oder durch Festsetzung des Strafminimums bei Zuchthaus geschärft (§ 244). Bei Raub (§ 250 Abs. 5) und bei Hehlerei (§ 261) wird die Zuchthausstrafe durch ein Strafminimum erhöht, bei Betrug (§ 264) tritt statt Gefängnis- Zuchthausstrafe ein. Die Rückfallstrafe tritt im Gesetz bei Diebstahl, Hehlerei und Betrug erst beim zweiten Rückfall ein, nur beim Raub bringt schon der erste Rückfall verschärfte Strafe. Auch im Vorentwurf werden beim ersten und zweiten Rückfall die für Strafschärfung sprechenden Gründe nicht als so vordringlich angesehen, dass die ordentlichen Strafrahmen keine ausreichende Bestrafung gewährleisten könnten. Der Vorentwurf weist daher in diesen Fällen nur an, die Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen angemessen zu erhöhen. Erster und zweiter Rückfall sind also nur Strafmehrungsgründe. Schärfung tritt erst im dritten und ferneren Rückfall ein und beträgt dann nach § 88 Abs. 3 die Strafe mindestens $^1/_4$ und höchstens das Doppelte der angedrohten Höchststrafe, doch darf der gesetzliche Höchstbetrag der zur Anwendung kommenden Strafart nicht überschritten werden. Auffällig ist an dieser Schärfung, dass sie für Mindest- und Höchstmass des neuen Strafrahmens vom Strafmaximum ausgeht. Warum diese neue Schärfungsmethode der viel näher liegenden, die untere Grenze im Anschluss an das Minimum der ordentlichen Strafe festzulegen, die obere Grenze aber mit dem gesetzlichen Höchstmass der Strafart zusammen-

fallen zu lassen, vorgezogen wird, ist nicht einzusehen. Die neue Methode hat jedenfalls den Nachteil, dass sie ungewohnt ist; ob sie im übrigen brauchbar ist, kann man so lange nicht bezweifeln, als die Praxis nicht das Gegenteil ergibt. Liszt hält diese Schärfungsart für mechanisch und will sie durch eine Schärfung ersetzen, die für die untere Grenze vom ordentlichen Strafminimum ausgeht, nach oben aber bis zur gesetzlichen Höchstgrenze reicht[1]). Wenn der Vorschlag des Vorentwurfs wirklich mechanisch ist, so ist nicht einzusehen, inwiefern der Gegenvorschlag Liszts diesen Mangel beseitigt. Er hat nur das eine für sich, dass er den gewohnten Weg geht.

Abs. 3 sagt weiter, dass von mehreren angedrohten Strafarten die schwerste zu wählen sei. Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie, dass die Zuchthausstrafe, wo sie überhaupt vorgesehen ist, als die geeignetste Schärfungsstrafe angewendet werden muss, dass es unmöglich gemacht wird, die für Rückfallschärfung ungeeignete Haftstrafe anzuwenden und dass der Richter durch Wahl der vielfach vorgesehenen Geldstrafe der Rückfallschärfung nicht aus dem Wege gehen kann.

§ 88 Abs. 4 lautet: Liegen besondere Umstände vor, welche die in Abs. 3 vorgesehene Mindeststrafe zu hart erscheinen lassen, so kann die Strafe milder bestimmt werden. Sie soll aber die gesetzliche Mindeststrafe erheblich übersteigen. Diese Ausnahmevorschrift ist unbedingt notwendig, wenn nicht die grundsätzlichen Neuerungen des Vorentwurfs in bezug auf den Rückfall bisweilen bedenklich werden sollen. Auf Grund dieser Bestimmung kann der Richter diese Härten vermeiden, die sich nicht selten daraus ergeben würden, dass die Rückfallschärfung auf sämtliche Verbrechen und vorsätzliche Vergehen ausgedehnt ist und dass das Erfordernis der Gleichartigkeit weggefallen ist. Kurz, überall da, wo zwar die äusseren Voraussetzungen des Rückfalls gegeben sind, wo aber die inneren für Schärfung sprechenden Gründe ganz oder teilweise fehlen, ist dem Richter durch diese Ausnahmevorschrift ermöglicht, Härten zu vermeiden. Den Rückfallbestimmungen wird hierdurch der Vorwurf des Schematismus und des Mangels an Anpassungsfähigkeit erspart, und man muss nur selten von dem allgemeinen Sicherheitsventil, den besonders leichten Fällen, Gebrauch machen.

---

[1]) Siehe Ref. I, S. 381, 391 und 392.

c) Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit.

VE § 89: Begeht jemand, der schon vielfach, mindestens aber 5 mal, wegen Verbrechen oder vorsätzlicher Vergehen mit erheblichen Freiheitsstrafen, darunter mindestens einmal mit Zuchthaus, bestraft ist und die letzte Strafe vor nicht länger als 3 Jahren verbüsst hat, aufs neue ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen, das ihn in Verbindung mit seinen Vorstrafen als gewerbs- oder gewohnheitsmässigen Verbrecher erscheinen lässt, so ist, wenn die neue Tat ein Verbrechen ist, auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren und, wenn sie ein Vergehen ist, auf Zuchthaus von 2 bis 10 Jahren zu erkennen.

Ausländische Vorstrafen kommen hiebei mit der Massgabe in Betracht, dass der Zuchthausstrafe diejenige in dem fremden Staate gesetzlich bestehende Freiheitsstrafe gleichgeachtet wird, die ihrer Art nach der Zuchthausstrafe am meisten entspricht. Doch muss ihre Dauer wenigstens 1 Jahr betragen.

Die auf Grund dieses Paragraphen Verurteilten werden in besonderen für sie ausschliesslich bestimmten Strafanstalten verwahrt. Die Vorschrift des § 22 findet auf sie keine Anwendung.

Eine Klasse von Verbrechern wird vom geltenden Recht soviel wie gar nicht berücksichtigt, obwohl sie eigentlich die grösste Aufmerksamkeit verdient. Das sind die sogenannten Unverbesserlichen, welche sich durch keine Strafe, nicht einmal durch die verschärfte Rückfallstrafe, von der einmal beschrittenen verbrecherischen Laufbahn abbringen lassen und mit solcher Hartnäckigkeit an ihrem verbrecherischen Lebenswandel festhalten, dass es aussichtslos erscheint, sie durch Strafe noch zur Umkehr bringen zu wollen. Das Vorhandensein dieser Verbrecherklasse ist längst allgemein anerkannt. Man hat sie bis vor kurzem in den Gesetzgebungen offenbar deshalb nicht berücksichtigt, weil dies mit grossen Schwierigkeiten in der Praxis verbunden ist, und weil die ganze Frage so fest mit dem Widerstreit der Strafrechtstheorien verknüpft ist, dass eine Regelung niemals zur Zufriedenheit der Allgemeinheit ausfallen dürfte. Mit den im geltenden Recht zur Verfügung stehenden Mitteln — Rückfallverschärfung bei den vier Vermögensdelikten und Schärfung wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit bei Hehlerei (§ 260), unberechtigtem Jagen (§ 294), Wucher (§ 302 d und e) — kann nur bei wenigen Vermögensdelikten und auch da nur in ganz ungeeigneter Weise eingegriffen werden. In § 89 will der Vorentwurf den Mangel des Gesetzes beseitigen und durch eine entsprechend strenge

Behandlung der Unverbesserlichen dem praktischen Bedürfnis nach Möglichkeit gerecht werden[1]).

Wenn der Vorentwurf hier in erster Linie die praktische Durchführbarkeit im Auge hatte, so sah er sich doch gezwungen, in dem auf diesem Gebiet besonders heftigen Streit der Strafrechtsschulen eine bestimmte, wenn auch nicht ausgesprochen der einen oder anderen Richtung zuneigende Stellung einzunehmen.

Der Vorentwurf vertritt im § 89, wie fast überall, prinzipiell die in erster Linie das subjektive Verschulden berücksichtigende Vergeltungsstrafe, wenn er auch der Gesinnungs- und Zweckstrafe beträchtliche Zugeständnisse macht[2]).

Bei der Behandlung der Unverbesserlichen treten zwei Hauptfragen in den Vordergrund: 1. Wie kennzeichnet man am besten die zu behandelnden Elemente, 2. ist Strafe oder Verwahrung oder beides zusammen bei den Unverbesserlichen anzuwenden?

ad 1. Wie die Begründung[3]) richtig sagt, sollen diejenigen Elemente getroffen werden, welche sich durch die gewöhnliche Strafe nicht abhalten lassen, wiederum neue strafbare Handlungen zu begehen, und die deshalb, weil sie trotz erlittener Strafe voraussichtlich wieder rückfällig werden, eine ständige Gefahr für die Rechtsordnung und die Gesellschaft bilden. Der Vorentwurf geht bei Kennzeichnung der Verbrecherkategorie vom Rückfall aus. Der Rückfall ist nicht nur für die Elemente, welche durch die Schärfung des § 88 getroffen werden sollen[4]), sondern, wenn er sich oft wiederholt, auch für die unverbesserlichen, der Allgemeinheit besonders gefährlichen Gewerbs- und Gewohnheitsverbrecher ein sicheres und unentbehrliches Kennzeichen. Doch wäre der viel-

---

[1]) Die Vorschrift des § 89 billigen: v. Lilienthal (ZStW 30, 232), Sonntag (Grenzbote 69, 374 und 375), Hamb. Nachr. (4. und 12. 5. 10), Reichardt (Bl. f. Gefängniskunde 44, 35 bis 36) und Schierlinger (DRZ 2, 443). Auch Liszt (Ref. I, 392 und 393), Deutsche Tageszeitung (13. 11. 9), Freis. Zeit. (20. 3. 10) und Köhler (Studien 20) sind damit einverstanden, solchen Personen, deren Gefährlichkeit festgestellt ist, eine besondere Behandlung zuteil werden zu lassen.

[2]) v. Birkmeyer hält § 89 für eine nicht im Rahmen der Vergeltung liegende Konzession an das Gesinnungsstrafrecht. (Beiträge I, 59).

[3]) Begründung I, S. 362.

[4]) Siehe die für Rückfallstrafe sprechenden Gründe.

fache Rückfall noch nicht ein genügend deutliches Merkmal, und es wäre daher die Gefahr vorhanden, dass die Schärfung des § 89 auch solche treffen würde, für welche sie eine Härte wäre. Deshalb verlangt der Vorentwurf ausdrücklich noch, dass der Täter als Gewerbs- und Gewohnheitsverbrecher erscheinen muss. Damit will er sicherstellen, dass nur solche Elemente von der Schärfung betroffen werden, bei denen Gemeingefährlichkeit und intensive verbrecherische Gesinnung vorhanden ist. In der Tat spricht auch die Gewerbsmässigkeit für verbrecherische Gesinnung. Wer die materiellen Interessen anderer bewusst durch strafbare Handlungen schädigt, um sich hierdurch mühelos dauernden Lebensunterhalt zu verschaffen, reagiert auf einen sehr verwerflichen Trieb. Ebenso offenbart die Gewohnheitsmässigkeit eine schlechte Gesinnung, da sie die Neigung verrät, immer wieder ohne jegliche Hemmungsvorstellung und um jeden Preis einem bestimmten verbrecherischen Trieb nachzugeben. Durch die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit wird allerdings die verbrecherische Gesinnung nicht restlos umfasst. Trotzdem aber verlangt der Vorentwurf diese beiden Erfordernisse an Stelle der umfassenderen, aber im einzelnen schwerer festzustellenden, verbrecherischen Gesinnung, da es ihm nicht so sehr darauf ankommt, alle durch ihre Gesinnung schon der schärfsten Strafe Würdigen zu treffen[1]), sondern, da er in erster Linie diejenigen Unverbesserlichen exemplarisch bestrafen will, die eine besonders grosse Gefahr für die Allgemeinheit bilden. Diese Elemente dürften durch die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit im Verein mit vielfachem Rückfall genügend erfasst sein. § 89 will also die unverbesserlichen, in hohem Grad gemeingefährlichen Verbrecher treffen[2]). Wenn dies auch unschwer aus den Voraussetzungen: Vielfacher Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheits-

[1]) Siehe Allfeld: „Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung".

[2]) Wach erklärt die Schärfung ebenso wie die Rückfallschärfung für mechanisch im Vergleich zu den sonstigen Strafzumessungsgründen (DJZ 15, 113).
Oetker (Strafen, 27 bis 28) rügt die Zusammenstellung der vielfach wiederholten ungleichartigen Verbrechen mit der Gewohnheits- und Gewerbsmässigkeit in einer Satzung. Diese verschiedenen Elemente erforderten eine getrennte und verschiedene Behandlung. Der Gesetzgeber will aber gerade durch mehrgliedrige Umschreibung eine gewisse Klasse von Verbrechern kennzeichnen, er will nicht die vielfach Rückfälligen, die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen für sich treffen.

mässigkeit, einmalige Zuchthausstrafe und aus Art und Mass der Strafe zu erkennen ist, so ist doch, um die Bestimmung möglichst klar zu gestalten, der Vorschlag Liszts zu befürworten. Er will die Gemeingefährlichkeit nach dem Muster des OVE in § 89 aufnehmen. Dass es sich fast immer um Unverbesserliche handelt, ist selbstverständlich und braucht nicht ausdrücklich erwähnt zu werden. Da Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, wie sich aus obigem ergibt, nur Kennzeichen derjenigen Verbrecherklasse, welche mit § 89 getroffen werden soll, sind, dürfte auch die im Vorentwurf dem § 89 beigesetzte Bezeichnung „gewerbs- und gewohnheitsmässige Verbrecher" nicht ganz richtig sein. Viel besser könnte man den Inhalt des § 89 mit „unverbesserliche Gemeingefährliche" kennzeichnen.

Die Schärfung wird mit Recht auf solche Rückfällige beschränkt, welche unter mindestens fünf Vorstrafen wenigstens einmal schon Zuchthausstrafe erlitten haben. Wenn nur Gefängnis- oder Haftstrafen vorausgehen, bietet die Rückfallstrafe des § 88 ausreichenden Spielraum nach oben, und die hohen Zuchthausstrafen des § 89 wären viel zu hart.

Die Strafe wird nur dann geschärft, wenn die Verbüssung der letzten Strafe nicht weiter als drei Jahre zurückliegt. Die Voraussetzungen des § 89 liegen nicht in voller Schärfe vor, wenn die letzte Freiheitsstrafe so viel Eindruck auf den Täter gemacht hat, dass er wenigstens drei Jahre kein neues Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen begangen hat.

ad 2. Die gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrecher des § 89 werden in dreifach verschiedener Weise von den Gesetzgebungen und Entwürfen behandelt, je nachdem das Prinzip der Vergeltungs- oder der Zweckstrafe verfolgt oder ein Mittelweg eingeschlagen wird[1]). Auf die Vorzüge und Nachteile von Vergeltungs- und Zweckstrafe, von Strafe und Verwahrung einzugehen, ist hier nicht der Ort. Der Vorentwurf lehnt die Verwahrung, die der Zweckstrafe entsprechen würde, ab und vertritt grundsätzlich die der Vergeltung schweren subjektiven Verschuldens entsprechende Strafschärfung. Der

---

[1]) Für Sicherungshaft: v. Overbeck (SchwZSt 23, 24), v. Calker (ZStW 30, 286 bis 287). Rosenfeld (OestZSt 1, 311, 312). Kriegsmann (Kieler N. N. 28. 12. 9).

Für Strafe: Aschrott (Ref. I, 85), v. Lilienthal (ZStW 30, 233), Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 323, 324).

Die von den neueren Gesetzgebungen eingenommene Stellung siehe Begründung I, 357 bis 359.

Vorentwurf sieht die empfindliche Strafe von 5—15 Jahren Zuchthaus bei Verbrechen bzw. von 2—10 Jahren Gefängnis bei Vergehen vor[1]). Wenn durch diese empfindliche Strafschärfung die fast regelmässig Unverbesserlichen auch nicht gebessert werden können, so erscheint sie doch im Interesse einer gerechten Vergeltung schwerer Schuld gerechtfertigt. In erster Linie bestraft § 89 das Verschulden, doch gibt er in der Art der Strafdrohung, die in keiner Weise auf die im besonderen Teile für das betreffende Delikt vorgesehene Strafe Rücksicht nimmt, zu erkennen, dass er hauptsächlich auch den Verbrecher unter allen Umständen für geraume Zeit der Freiheit berauben und so die Allgemeinheit möglichst lange vor seinen neuen schweren Rechtsbrüchen schützen will. Mag die Strafsatzung des § 89 ihren Hauptzweck, die schwere Schuld durch stark geschärfte Strafe zu sühnen, in befriedigender Weise erfüllen, so erscheint doch ihre zweite von der Begründung rückhaltlos anerkannte Aufgabe, die Sicherung der Gesellschaft, sehr unvollkommen durchgeführt. Da der Vorentwurf die Vergeltungsstrafe vertritt, soll der Richter die Strafe in der Hauptsache nur nach der Schuld, wie sie sich aus dem abzuurteilenden Delikt im Zusammenhang mit den vorausgegangenen Straftaten ergibt, bemessen, der Sicherungszweck kann daher nur insoweit erfüllt werden, als es mit der Vergeltung vereinbar ist. Das Mass des Sicherungsbedürfnisses deckt sich oft nicht mit dem der verwirkten Strafe. Soweit aber das Sicherungsbedürfnis die zur Vergeltung erforderliche Strafgrösse übertrifft, erweist sich die Zuchthausstrafe als eine zu harte und zur blossen Sicherung ungeeignete Massregel. Auch ist es, abgesehen hievon, nicht möglich, mit einer schon im Urteil bestimmt ausgesprochenen Massregel dem Sicherungsbedürfnis zu genügen; der Richter kann viel schwerer den Grad der Gemeingefährlichkeit eines Verbrechers bemessen wie die Gefängnisverwaltung, die während der langen Strafzeit bessere Gelegenheit hat, die Gefangenen zu beobachten und allenfallsige, durch die Strafe verursachte Wandlungen in der verbrecherischen Gesinnung festzustellen. Entsprechende dauernde Sicherung vor gemeingefährlichen Elementen wird heute ebenso dringend verlangt wie Sühnung

[1]) v. Lilienthal geht zu weit, wenn er die untere Grenze der Strafe auf 5 bzw. 10 Jahre erhöht wissen will.

Allfeld (Der Einfluss der Gesinnung auf die Bestrafung, S. 169, 170) und v. Baehr (Dresd. N. 23. 4. 10) wollen sogar die Möglichkeit lebenslänglicher Einsperrung.

schwerer Schuld. Diesem lebhaften Bedürfnis wird aber, wie sich aus obigem ergibt, durch die Strafschärfung des § 89 oft in ganz unzweckmässiger Weise Rechnung getragen. Der Vorschlag Liszts[1]) und des Deutschen Juristentags ergänzen daher mit Recht die Strafschärfung des § 89 durch sichernde Massnahmen in der Weise, dass auf Ermächtigung des Richters im Urteil die Landespolizeibehörde den Verurteilten nach verbüsster Strafe so lange in einer Anstalt verwahren kann, als es die öffentliche Sicherheit erfordert. Daraus ergäbe sich vor allem der Vorteil, dass der Richter nicht mehr zugunsten des Sicherungsbedürfnisses die Strafe weniger nach ihrer eigentlichen Zwecksbestimmung, der Vergeltung der Schuld, zu bemessen bräuchte.

Der Gegenentwurf hat auf diesem Gebiet einen stark abweichenden, nicht empfehlenswerten Weg eingeschlagen. Die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen im Sinne des § 89 VE, mit anderen Worten „die unverbesserlich Gemeingefährlichen[2])", will der Gegenentwurf nur verwahren (§ 98). Für verschärfte Bestrafung dieser Elemente ist unter allen Umständen schon in § 97 GE gesorgt. Im § 97 aber sieht der Gegenentwurf für die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen im eigentlichen Sinn nur die Rückfallschärfung vor. Wenn aber schon einmal für die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen keine empfindlichere Strafschärfung als die für Rückfall eingeführt werden soll, dann scheint es überflüssig, die Rückfallschärfung ausdrücklich noch für diese vorzusehen, da diese Elemente in der Regel schon wegen Rückfälligkeit der genannten Schärfung teilhaftig werden. Für die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen im Sinne des § 89 VE und § 98 GE ist die durch § 97 GE ermöglichte Rückfallschärfung neben der Verwahrung zweifellos nicht genügend streng.

§ 89 Abs. 2 berücksichtigt auch ausländische Strafen, soweit sie wenigstens 1 Jahr gedauert haben. Diese Bestimmung kann nur gutgeheissen werden, da ausländische Vorstrafen das subjektive Verschulden des Täters selbstverständlich nicht weniger kennzeichnen als inländische[3]). Die nötigen Auskünfte werden sich voraussichtlich ohne Schwierigkeit be-

---

[1]) Siehe Ref. I, 395 bis 399, ebenso Hamb. Nachrichten 4. 5. 10.

[2]) Siehe oben S. 53.

[3]) Auch der Gegenentwurf berücksichtigt die ausländischen Vorstrafen (§ 98).

schaffen lassen, da das Ausland an einem rigorosen Vorgehen gegen diese gefährlichen Elemente nicht weniger interessiert ist wie das Inland. Abs. 2 wird sehr oft angewendet werden, da gerade die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen gerne ihr Arbeitsfeld wechseln und vielfach internationalen Charakter haben.

§ 89 Abs. 3 sieht mit Recht vor, dass die Strafe in besonderen Anstalten vollstreckt werden soll, da die Unverbesserlichen die anderen Mitgefangenen nachteilig beeinflussen, und da bei diesen Elementen die Strafe wegen des Fortfalls aller erzieherischen und bessernden Massnahmen wesentlich einfacher und billiger vollstreckt werden kann[1]). Letzteres ist aber nur dann möglich, wenn die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen von den übrigen Sträflingen getrennt werden. Allerdings genügt es auch schon, wenn man innerhalb derselben Strafanstalten besondere Abteilungen einrichtet[2]). Kleinere Bundesstaaten würden durch die Errichtung besonderer Strafanstalten finanziell sehr stark belastet werden.

d) Ehrlose Gesinnung.

VE § 45: Wenn die Tat aus ehrloser Gesinnung hervorgegangen ist, kann neben der Todesstrafe und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf den dauernden, neben zeitiger Zuchthausstrafe und Gefängnisstrafe auf zeitigen Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben zeitiger Gefängnisstrafe jedoch nur, wenn diese wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verhängt wird und mindestens 6 Monate beträgt.

Wegen der in den Abschnitten 1 bis 9 und 21 des besonderen Teils aufgeführten strafbaren Handlungen darf neben Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur erkannt werden, soweit dies dort ausdrücklich vorgesehen ist.

Die Dauer des zeitigen Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte beträgt bei Zuchthausstrafe 2 bis 10, bei Gefängnisstrafe 1 bis 5 Jahre.

Den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte in ihrer Gesamtheit und einzelne unter ihnen finden wir bereits im Strafgesetzbuch als Nebenstrafe. In einigen Fällen[3]) müssen die

[1]) Richtig Aschrott (Ref. I, 85 und 86).

[2]) Richtig Leonhardt (Strafvollzug, 123).

[3]) Bei Meineid (§ 161), erschwerter Kuppelei (§ 181), erschwertem Wucher (§ 302 d).

bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt werden, sonst können sie, vorausgesetzt die Zulassung bei den einzelnen Tatbeständen, bei Zuchthausstrafe immer, bei Gefängnisstrafe unter gewissen einschränkenden Voraussetzungen[1]) aberkannt werden. Nirgends sagt uns jedoch das Gesetz, wann der Richter diese Nebenstrafe aussprechen soll. Ihrer ganzen Natur nach kann sie vom Gesetzgeber nur für diejenigen Uebeltäter bestimmt sein, die durch ihre Delikte niedrige Gesinnung und Mangel jeden Ehrgefühls bewiesen haben. Wie die Geldstrafe für Bestrafung von Gewinnsüchtigen geeignet ist, da sie ihn in seinem Grundfehler sehr empfindlich trifft, scheint die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte besonders dazu geschaffen, dem Ehrlosen durch Entziehung der Rechte, die in ihrem Träger vor allem ein gewisses Mindestmass von Ehrenhaftigkeit der Gesinnung voraussetzen, ein fühlbares Uebel zuzufügen und ihm den schweren Mangel seines Charakters ernstlich zum Bewusstsein zu bringen. Es entspricht ausserdem in hohem Masse dem Rechtsempfinden der Allgemeinheit, wenn der Ehrlose nach verbüsster Freiheitsstrafe nicht sofort gleich dem rechtschaffenen und ehrenhaften Staatsbürger die bürgerlichen Ehrenrechte ausüben kann, da diese hierdurch in ihrem ideellen Wert stark beeinträchtigt würden. Wenn es im allgemeinen auch ohne ausdrückliche Vorschriften im Gesetz unzweifelhaft ist, wann diese Nebenstrafe verhängt werden soll, so ist doch zu befürchten, dass von der Rechtssprechung die Absicht des Gesetzgebers nicht berücksichtigt wird und die bürgerlichen Ehrenrechte dort aberkannt werden, wo diese Nebenstrafe eine Härte darstellt oder doch mindestens überflüssig ist. Das Gesetz bietet keinen genügenden Schutz gegen Missbrauch dieser schärfenden Nebenstrafe, wenn sie auch die Anwendung derselben nur bei den Delikten gestattet, die erfahrungsgemäss häufig infolge ehrloser Gesinnung begangen werden. Missgriffe des Richters sind dann immer noch nicht ausgeschlossen. Ferner kann bei allen seltener aus ehrloser Gesinnung begangenen Delikten, bei denen diese Nebenstrafe vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist, der Richter die Ehrenrechte nicht aberkennen, obwohl es manchmal sehr angebracht wäre. Der Vorentwurf

[1]) Bei Gefängnisstrafe nur dann, wenn die Dauer der erkannten Strafe 3 Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zulässt oder die Gefängnisstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird. (§ 32 StGB.)

hat daher, um die Strafschärfung auf diejenigen Fälle zu beschränken, für die sie allein zweckentsprechend sein kann, in § 45 bestimmt, dass Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die Tat aus ehrloser Gesinnung hervorgegangen ist[1]). Der Vorentwurf hat damit keinen neuen Schärfungsgrund geschaffen, sondern nur für eine im geltenden Recht bereits vorhandene Strafschärfung den Grund ausdrücklich festgestellt, um eine sinngemässe Verwendung der Schärfungsstrafe zu gewährleisten. Auf Grund des vom Vorentwurf neu aufgestellten Schärfungsgrundes würde sicher von der Rechtssprechung die Nebenstrafe sehr zweckentsprechend verwendet werden, da der Richter nicht mehr nach eigenem freien Ermessen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkennen dürfte, wo dies eine Ueberschreitung der vom Vorentwurf gezogenen Grenze bedeuten würde. Ganz besonders ist aber zu begrüssen, dass nunmehr der Gesetzgeber den besonderen Teil von den Bestimmungen über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zum grössten Teil entlasten konnte, und dass die bürgerlichen Ehrenrechte überall aberkannt werden können und nicht mehr auf die vom Gesetz ausgewählten näherliegenden Fälle beschränkt bleiben müssen. Diese willkürliche Auswahl einer Reihe von Delikten mag ja im Gesetz wegen des Fehlens eines ausdrücklichen Schärfungsgrunds notwendig sein, sie verhindert aber die allgemeine zweckentsprechende Anwendung der Strafschärfung. Nur in den Abschnitten 1 bis 9 und 21 lässt es der Vorentwurf, wenn das Urteil auf Gefängnis lautet, bei der alten Einrichtung. Die bürgerlichen Ehrenrechte dürfen in diesen Abschnitten nur bei Delikten, wo dies im einzelnen ausdrücklich bestimmt ist, aberkannt werden. In diesen Abschnitten handelt es sich sehr oft um Delikte, die in der Regel nicht aus ehrloser Gesinnung entspringen, so dass die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht als zweckentsprechende Strafe gelten könnte.

2. Allgemeine Schärfungsgründe des Vorentwurfs, die dem Gesetz fremd sind.

Bei Roheit, Bosheit oder Verworfenheit der Tat und Aussichtslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs Schärfung des Strafvollzugs.

---

[1]) Ebenso der Gegenentwurf (§ 71).

VE § 18: Zeugt die Tat von besonderer Roheit, Bosheit oder Verworfenheit oder ist nach den Vorbestrafungen des Täters anzunehmen, dass der gewöhnliche Strafvollzug auf ihn nicht die erforderliche Wirkung ausüben werde, so kann das Gericht im Urteile Schärfungen der Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe anordnen.

Die Schärfungen bestehen darin, dass der Verurteilte geminderte Kost oder eine harte Lagerstätte erhält. Sie können auch vereinigt angeordnet werden und kommen dann an jedem dritten Tage in Wegfall. Die Dauer der Schärfungen darf im Zusammenhang vier Wochen nicht übersteigen. Schärfungen dürfen bei Strafen bis zu drei Monaten nur einmal, bei Strafen bis zu sechs Monaten nur zweimal und bei längeren Strafen in jedem Jahre höchstens dreimal angeordnet werden. Der Zwischenraum zwischen zwei Schärfungen muss mindestens das Doppelte der Dauer der vorangegangenen Schärfung betragen.

Hat der Gefangene sich mindestens ein Jahr lang gut geführt, so kann das Gericht für die übrige Strafzeit die Schärfungen mildern oder aufheben.

Geschärfte Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe darf nur an demjenigen vollstreckt werden, der nach dem Gutachten des Anstaltsarztes seiner Gesundheit nach dazu fähig ist. An schwangeren oder nährenden Frauen darf sie nicht vollzogen werden. Erscheint die Vollstreckung hiernach nicht zulässig, so hat das Gericht hierüber zu entscheiden. Es kann dabei mit Rücksicht auf den Wegfall der Schärfung die Strafe in angemessener Weise erhöhen.

Der Vorentwurf geht mit § 18 davon aus, dass die Gefängnis- und Zuchthausstrafe ihren Zweck, ein begangenes Uebel fühlbar zu vergelten, den Täter zu bessern oder wenigstens abzuschrecken, leider sehr oft nicht erreichen können. Dies ist, wie der Vorentwurf im § 18 ganz richtig sagt, in erster Linie dann zu erwarten, wenn der Täter besonders roh, boshaft oder verworfen ist, oder wenn die Vorbestrafungen des Täters auf Wirkungslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs schliessen lassen. Derartige Elemente können im besten Fall noch durch Uebel, die das körperliche Wohlbehagen sehr stark durch unmittelbare Beeinflussung stören, vorteilhaft beeinflusst werden. Die gewöhnlichen Strafarten des geltenden Rechts und des Vorentwurfs sind aber entsprechend den Forderungen unserer Zeit derart human gestaltet, dass sie über solche fühlbare Uebel nicht verfügen[1]). Der Vorentwurf bestimmt deshalb, um die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe wirksamer zu machen,

[1]) Richtig Feisenberger (ZStW 31, 5 bis 6).

dass diese durch geminderte Kost und harte Lagerstätten geschärft werden können. Weiterhin gibt er, um die Neuerung nicht bedenklich erscheinen zu lassen, eine Reihe von ausführlichen Anweisungen, die zwecklose, schädliche oder missbräuchliche Anwendung der Strafschärfung verhüten sollen. So kommt die Schärfung an jedem dritten Tag in Wegfall, im Zusammenhang darf sie nicht länger als vier Wochen dauern, Schärfungen dürfen bei Strafen bis zu drei Monaten nur einmal, bis zu sechs Monaten nur zweimal, bei längeren Strafen in jedem Jahre höchstens nur dreimal angeordnet werden, der Zwischenraum zwischen zwei Schärfungen muss mindestens das Doppelte der Dauer der vorangegangenen Schärfung betragen. Die Strafe darf endlich nur an demjenigen vollstreckt werden, der nach dem Gutachten des Anstaltsarztes seiner Gesundheit nach dazu fähig ist. § 18 kann in der Tat die Wirksamkeit des Strafvollzugs bei der Verbrecherklasse, die der Vorentwurf im § 18 richtig umschreibt, vielfach wesentlich erhöhen. Dies kann der neuen Strafschärfung unter keinen Umständen abgesprochen werden. Die Schwächen der Neuerung sind aber schon aus der grossen Zahl einschränkender und erläuternder Bestimmungen des § 18 deutlich zu erkennen. Verminderte Kost und harte Lagerstätte sind Schärfungen, die nur in einer geringen Zahl von Fällen wirklich den erstrebten Zweck erfüllen können. Demgegenüber sind die Mängel dieser grundsätzlichen Neuerung so bedeutend, dass man § 18 im Vorentwurf am liebsten vermissen möchte. Die Kritik verhält sich auch zum grossen Teil ablehnend[1]). Es drängt sich einem, wenn man § 18 beurteilt, zunächst ein Hauptbedenken auf. Wird die Schärfung überhaupt bei einem genügend grossen

---

[1]) Gegner des § 18 sind: Aschaffenburg (Bemerk. Psych. 35), Cramer (Münch. Med. Woch. 1910, 366), Heine (März 1909, N. 23), Kriegsmann (Kiel. N. N. 11. 12. 9), Lang (Soz. Monatsh. 1910, 32, 427), v. Lilienthal (ZStW 30, 236 und DJZ 15, 388 bis 389), v. Liszt (MNN 16./17. 11. 9), Longard (Bemerk. Psych. 62 bis 64), Mamroth (Berl. Tagbl. 27. 10. 9), Radbruch (M. Schr. Krim. Psych. 7, 212), Reichardt (Bl. f. Gefängniskunde 44, 17), Weinberg (Neue Zeit. 11. 2. 10), Zürcher (SchwZSt 23, 214), auch im Gegenentwurf ist die Schärfung des § 18 nicht mehr zu finden.

Zustimmend äussern sich: Aschrott (Ref. I, 91 bis 93), Feisenberger (ZStW 31, 5 bis 6), Gewerbekammer Dresden (Eingabe RJAN 4474/10), Högel (Seuff. Bl. 75, 193), Kahl (Vortrag, Neue Preuss. Zeit. 16. 6. 10), Leonhard (Strafvollzug, 126 bis 128), Sonntag (Grenzbote 69, 369 bis 371), Wach (DJZ 15, 113).

Teil der durch sie zu treffenden Verbrecherklasse ihren Zweck erfüllen können? Soweit man mit der verminderten Kost und harten Lagerstätte nur eine ausreichende Vergeltungsstrafe für die niedrig denkenden Elemente schaffen will, für welche die gewöhnlichen Freiheitsstrafen kein Uebel mehr darstellen, kann sie bei einem grossen Teil ihren Zweck erfüllen[1]). Immerhin sind viele derart abgestumpft, dass ihnen der Unterschied zwischen dem gewöhnlichen und dem geschärften Strafvollzug, soweit er nicht vorübergehende Disziplinarstrafe ist, nicht mehr zum Bewusstsein kommt. Will man aber mit dem verschärften Strafvollzug den Täter abschrecken oder will man ihn gar zur Einsicht und Besserung bringen, so wird man sehr selten einen nennenswerten Erfolg erzielen. Durch die Schärfungen wird der Täter oft gegen alle besseren Regungen abgestumpft, er wird trotzig, seine körperliche Gesundheit wird beeinträchtigt, er wird dadurch die Strafe als schweres Unrecht empfinden und allen anderen Gedanken mehr zugänglich sein als der Furcht vor Strafe oder gar der Reue und guten Vorsätzen. Viel schlimmer aber ist es, wenn der Täter körperlich nicht völlig gesund ist oder wenn er geistig nicht ganz normal veranlagt ist. Diese Fehler können dem Arzt auch, trotz sorgfältigster Untersuchung und Beobachtung, entgehen[2]). Dann kann die für den Gefangenen an sich schon sehr fühlbare Freiheitsstrafe durch die Schärfungen zu einer buchstäblichen Quälerei gesteigert werden[3]). Bleibende Schäden werden in der Regel eintreten, der Zweck der Schärfung wird vollständig verfehlt sein. Der Kreis derjenigen Personen, bei welchen die Schärfungen des § 18 gute Wirkungen zeigen könnten, wäre also sehr klein. Der Gesetzgeber gibt dem Richter eine Reihe

[1]) Feisenberger (ZStW 31, 5 bis 6), glaubt, dass der Vorentwurf mit dieser Schärfung nur vergelten will.

[2]) Cramer (Bemerk. Psych., 40 bis 42) und Leppmann (Bericht Pr. MedBV, 30 bis 31, 63) weisen richtig darauf hin, dass eine sichere Entscheidung, ob der Gefangene für Schärfung fähig ist, nicht immer möglich ist.

[3]) Kriegsmann (Kiel. N. N. 11. 12. 9) sagt mit Recht, dass die Schärfung sehr ungleich wirken müsse, da der eine sie mühelos überwinden, der andere schwer darunter leiden werde, dem Dritten aber aus gesundheitlichen Rücksichten die Schärfung ganz erspart bleibe. Göring sagt richtig, Psychopathen liessen sich durch Schärfung nicht beeinflussen, sie würden nur geschädigt. (Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch und die Wünsche eines Psychiaters, Kritische Studie, Stuttgart 1909.)

von Mitteln in die Hand, die diesem ermöglichen sollen, diesen Personenkreis möglichst genau festzustellen und jede zwecklose und nachteilige Schärfung zu vermeiden. Der Vorentwurf will die Schärfung dann anwenden, wenn eine Tat von besonderer Roheit, Bosheit oder Verworfenheit zeugt. Diese drei Merkmale gewähren zwar einen gewissen Spielraum, werden sich aber im allgemeinen ebensogut feststellen lassen, wie anderenorts im Vorentwurf verschiedene andere, rein subjektive Merkmale[1]). Die Schärfung soll ferner eintreten, wenn nach den Vorbestrafungen anzunehmen ist, dass der gewöhnliche Strafvollzug auf den Täter nicht die erforderliche Wirkung ausüben werde. Damit sagt der Vorentwurf sehr richtig, dass der Grund nicht immer in der abzuurteilenden Tat, sondern auch in den früheren Straftaten und in der mangelhaften Wirkung früherer Strafen liegen könne. Trotzdem ist diese Voraussetzung bedenklich[2]), da sie dem Richter die Beantwortung einer Frage anheimstellt, die dieser viel weniger gut beantworten kann als die Gefängnisverwaltung[3]). Ausserdem müsste sich der Richter, falls er diese Vorbedingung wirklich gewissenhaft prüfen wollte, eingehender mit den Akten über die Vorbestrafungen und die einschlägigen Delikte beschäftigen, als es ihm mit Rücksicht auf sein übriges Arbeitsfeld möglich wäre[4]).

Ein weiterer Mangel des § 18 liegt darin, dass die Kompetenz zur Verhängung der Schärfung zwischen zwei vollständig verschiedenen Persönlichkeiten, zwischen Richter und Anstaltsarzt geteilt ist, was man im Interesse eines einheitlichen Urteils nicht gutheissen kann. Eine ärztliche Untersuchung vor dem Urteil wäre, wenn die Schärfungen doch schon einmal im Urteil von dem Richter ausgesprochen werden sollen,

[1]) Leppmann (Pr. MedBV 30 bis 31, 63) hingegen befürchtet, dass das, was im Gerichtssaal als Roheit, Bosheit und Verworfenheit erscheint, oft nichts anderes sei als der Ausfluss von Beschränktheit, Ungeschicklichkeit oder anderen geistigen Mängeln.

[2]) Diese Voraussetzung halten für bedenklich: Aschrott (Ref. I, 93 bis 94), Köhler (Hirths Ann. 43, 174), Göring (ZStW 30, 596).

[3]) Richtig Longard (Bemerk. Psych., 62 bis 64), ebenso Leppmann (Pr. MedBV 30 bis 31, 63).

[4]) Richtig Göring (ZStW 30, 596): „Bei mehrfach vorbestraften Personen wird es sehr schwer zu entscheiden sein, warum die Vorstrafen ohne Wirkung waren."

dem entschieden vorzuziehen; dann könnte der Richter, abgesehen von Zwischenfällen, die erst während der Vollstreckung eintreten, endgültig im Urteil anordnen, ob Schärfungen anzuwenden sind oder nicht. Es wäre dann in der Regel auch überflüssig, wegen nachträglicher Ablehnung der Schärfung durch den Anstaltsarzt die Strafe erhöhen zu müssen (§ 18 Abs. 4 letzter Satz). Das wiederum könnte man nur begrüssen, da sehr schwer zu ermessen ist, welche Straferhöhung der ursprünglich beabsichtigten Schärfung des Strafvollzugs ungefähr gleichwertig ist[1]).

Der Grundfehler des § 18 liegt in der Art der Strafschärfung. Geminderte Kost und harte Lagerstätte sind Strafen, die einem längst aufgegebenen System, dem der Leibesstrafen, zwar nicht direkt angehören, aber doch sehr nahestehen. Von diesen bis zur Prügelstrafe ist der Weg nur mehr sehr kurz[2]). Tatsächlich wurde die Prügelstrafe auch als Schärfung für den Vorentwurf vorgeschlagen[3]). Solche Strafen als Schärfungen zu einer Zeit einzuführen, in der die leibliche Unversehrtheit längst zum selbstverständlichsten Teil der allgemeinen Menschenrechte geworden, ist vollständig verfehlt. Diese Strafarten würden viel besser in die längst entschwundene Zeit der Hörigkeit und Leibeigenschaft passen. Der Vorentwurf beruft sich darauf, dass auch das Militär-Strafgesetzbuch derartige Schärfungen kenne und keine schlechten Erfahrungen damit gemacht habe[4]). Man muss aber bedenken, dass bei militärischen Strafen die Schärfungen ein durchaus jugendliches und kräftiges Menschenmaterial treffen und deshalb nicht leicht schädlich wirken können[5]). Wenn die Strafen im Militärstrafrecht viel schärfer sind als im Zivilstrafrecht, so hängt dies ausserdem noch damit zusammen, dass Rechte und Pflichten im Heer und im bürgerlichen Leben wesentlich voneinander abweichen. — Endlich ist auch noch zu bedenken, dass § 18 für die disziplinäre Gewalt der Gefängnisverwaltung zwei wirksame Straf-

---

[1]) Aschrott (Ref. I, 96 bis 97) sagt mit Recht, es fehle ein Massstab zum Vergleich.

[2]) Kriegsmann (Kiel. N. N. 11. 12. 9) vergleicht richtig die Schärfungen mit der Prügelstrafe.

[3]) So von Nordhausen (Tag 2. 11. 9) und von Sonntag (Grenzbote 69, 371, 372).

[4]) Siehe Begründung I, 87.

[5]) Richtig Kriegsmann (Kiel. N. N. 11. 12. 9).

mittel nimmt und nur mehr die Verdunkelung der Zelle übriglässt[1]). Zu Disziplinarstrafen aber eignen sich verminderte Kost und harte Lagerstätte viel besser als zum Strafmittel für den Richter. Die Gefängnisverwaltung braucht notwendig zur Aufrechterhaltung der Zucht wirksame Mittel. Der Sträfling wird diesen Schärfungen als Disziplinarstrafen viel besser zugänglich sein, da er sie dann als Entgelt für eine unmittelbar vorausgehende Unbotmässigkeit empfindet. Muss schon der Soldat eine harte Strafe erwarten, so muss sich noch vielmehr der Sträfling bei der strengen Zucht der Strafanstalten auf fühlbare Uebel gefasst machen.

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass das Verlangen nach einem Strafmittel, welches in gewissen Fällen an die Stelle der weniger fühlbaren gewöhnlichen Strafen zu treten hätte, einem berechtigten Grundgedanken entspringt. Dies Ziel ist aber unter den heutigen Verhältnissen sehr schwer, vielleicht gar nicht zu erreichen. Auch die Schärfungen der Strafe im § 18 erfüllen den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck nur ganz ungenügend. Der Gesetzgeber hat das Anwendungsgebiet durch mehrere Vorschriften stark eingeschränkt und durch eine Reihe von Ausführungsbestimmungen die schädlichen Wirkungen zum guten Teil ausgeschaltet. Mag aber der Wirkungskreis des § 18 auch noch so eng gezogen sein, und mag auch der Richter bei seiner Anwendung mit der grössten Vorsicht verfahren, es wäre doch bestimmt zu erwarten, dass die verschärfte Strafvollstreckung nur selten ihren Zweck erreichen, dafür aber in den weitaus meisten Fällen sehr schlimme Folgen zeitigen würde, zum mindesten aber eine überflüssige Quälerei wäre. Man kann daher nur wünschen, dass die Schärfungen des § 18 in unser kommendes Strafgesetzbuch nicht aufgenommen werden.

3. Die besonders schweren Fälle.

VE § 84: Soweit besonders schwere Fälle auf die Bestimmung der Art oder der gesetzlichen Grenzen der Strafen von Einfluss sind, ist dies im Gesetz ausdrücklich vorgeschen.

[1]) v. Liszt (MNN 16./17. 11. 9) sagt mit Recht: Die einzelnen Schärfungen sind als Disziplinarstrafen nicht zu entbehren. Ebenso Reichardt (Bl. f. Gefängniskunde 44, 17) und Zürcher (SchwZSt 23, 214).

Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint.

Einen vollständig neuen Strafschärfungsgrund hat der Vorentwurf in den besonders schweren Fällen geschaffen. Der Vorentwurf hat die besonders schweren Fälle als Gegenstück zu den besonders leichten Fällen eingeführt, weil die gewöhnlichen Strafrahmen erfahrungsgemäss nicht genügend wirkungsvoll sind für solche Täter, deren Verbrechen besonders schwere Folgen gezeitigt und deren subjektives Verschulden aussergewöhnlich gross ist. Es mag richtig sein, dass die ordentlichen Strafrahmen den nach der subjektiven und objektiven Seite aussergewöhnlich schweren Fällen nicht mit dem erforderlichen Ernst und Nachdruck entgegentreten. Ob aber der vom Vorentwurf beschrittene Weg diesem Mangel einwandfrei abhilft, erscheint sehr zweifelhaft[1]). Der Vorentwurf gibt im § 84 eine Begriffsbestimmung der besonders schweren Fälle, die einem durchaus gesunden Grundgedanken entspringt, einen Missbrauch aber nicht ausschliessen kann. Durch Verbindung zweier Erfordernisse, nämlich ungewöhnlich bedeutender rechtswidriger Folgen der Tat, sowie ungewöhnlich starken und verbrecherischen Willens des Täters, soll das Anwendungsgebiet der besonders schweren Fälle zugunsten des Täters eingeschränkt werden. Diese Definition der besonders schweren Fälle ist allzu unbestimmt und hindert, wie Kantorowicz[2]) mit Recht sagt, den Richter nicht, das Vorliegen eines besonders schweren Falles da zu bejahen, wo die Definition eigentlich nicht passt. Scheinbare Beschränkungen der richterlichen Willkür sind aber gefährlicher als keine.

Der Gegenentwurf (§ 89) erweitert das Gebiet der besonders schweren Fälle gegenüber dem Vorentwurf noch ganz bedeutend, indem er die Vorbedingungen „bedeutende verschuldete Folgen" und „besonders starken und verwerflichen verbrecherischen Willen des Täters" nicht kumulativ, sondern alternativ verlangt. Das muss im Hinblick auf die allgemeine Strafschärfung des Gegenentwurfs in besonders schweren Fällen sehr bedenklich erscheinen.

---

[1]) v. Liszt (MNN 16. 11. 9) stimmt grundsätzlich zu.

[2]) Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 319), auch Högel (Seuff. Bl. 75, 266) hält die Begriffsbestimmung nicht für scharf genug abgegrenzt. Ungar (Recht 14, 116) hält es für besser, von einer Begriffsbestimmung abzusehen.

Den besonders schweren Fällen haften drei schwere Mängel an. Erstens ist die Auswahl derjenigen Paragraphen, bei denen für besonders schwere Fälle ein verschärfter Strafrahmen aufgestellt ist, nur beschränkt und willkürlich. Wenn auch besonders schwere Fälle erfahrungsgemäss in der Regel nur bei bestimmten Verbrechen und Vergehen vorkommen, so kann doch nicht in Abrede gestellt werden, dass sie überall möglich sind. Der Vorentwurf hat besonders schwere Fälle nur da vorgesehen, wo sie erfahrungsgemäss oft eintreten, für das ganze übrige Gebiet aber den Mangel des geltenden Rechts nicht beseitigt. Der zweite Fehler ist in dem Missverhältnis der besonders schweren Fälle zu den auf schwerem Erfolg begründeten Schärfungen des besonderen Teils zu erblicken. Wo z. B. im besonderen Teil der Tod als besonderer Strafschärfungsgrund vorgesehen ist, kann er als solcher nach § 62 nur dann betrachtet werden, wenn er vom Täter vorauszusehen war. Die ungewöhnlich bedeutenden Folgen des § 84 können dagegen die Strafe auch dann schärfen, wenn sie nicht vorauszusehen waren, denn hier gilt § 62 nicht. Daraus ergibt sich, dass bei vielen vielleicht bedeutend geringeren Folgen, als es der Tod eines Menschen ist, eine verhältnismässig strengere Strafe ausgesprochen werden kann, als bei der ausdrücklich berücksichtigten Todesfolge[1]). Liszt[2]) und der Gegenentwurf schlagen vor, die besonders schweren Fälle zum allgemeinen Strafschärfungsgrund zu machen. Damit könnte allerdings die gefährliche Auswahl im besonderen Teil vermieden werden, und auch die ungleiche Beurteilung von Todesfolge und anderen schweren Folgen wäre beseitigt. Auch würde hierdurch der besondere Teil wesentlich entlastet werden, denn das Mass der Strafschärfung würde dann im allgemeinen Teil einheitlich bestimmt werden. Dennoch scheint diese Lösung keine glückliche zu sein; die allgemeine Strafschärfung könnte nämlich, wenn sie im allgemeinen Teil einheitlich festgesetzt würde, unmöglich der Eigenart der einzelnen Tatbestände angepasst werden. Die Schärfung würde dadurch schematisch und könnte Ungerechtigkeiten verursachen. Man müsste also, um dies zu vermeiden, bei sämtlichen Delikten einen zweiten schärferen Strafrahmen aufstellen. Dadurch würde der besondere Teil stark belastet und seine Strafbestimmungen würden durch das gleichzeitige Vorhandensein von zwei, meistens sogar drei Straf-

[1]) Richtig Nagel (DJZ 15, 1208 bis 1209).

[2]) Siehe Ref. I, 380.

rahmen sehr unübersichtlich werden. Wenn man aber nun doch schon einmal das Bedürfnis nach schwererer Ahndung besonders schwerer Fälle anerkennt, warum erhöht man dann nicht das Strafmaximum der ordentlichen Strafrahmen und macht so die ausserordentlichen Strafrahmen für besonders schwere Fälle überflüssig[1])? Der Richter würde sicherlich auf Grund der Anleitung des § 81 den obersten Teil des weiteren Strafrahmens nur auf die subjektiv und objektiv schwersten Fälle anwenden. Sollte man es aber dennoch für nötig halten, dem Richter für die Verwendung der Strafmaxima bestimmte Richtlinien im Sinne des § 84 zu geben, so könnte man unschwer den Vorschriften des § 81 über Strafbemessung den Absatz 2 des § 84 angliedern. Jedenfalls ist es unbegründet, von einer allgemeinen Erhöhung der Strafmaxima zu befürchten, dass in der Praxis zu harte Urteile veranlasst würden. Die Richter halten sich nämlich, wie uns die Rechtssprechung zeigt, mit ihren Urteilen meist innerhalb der unteren Hälfte der Strafrahmen und überschreiten in der Regel das Strafminimum nur um ein geringes[2]). Eine derartige Regelung genügt dem praktischen Bedürfnis nach entsprechender Ahndung besonders schwerer Fälle vollauf; sie ist den besonders schweren Fällen vorzuziehen, denn sie vermeidet die bei diesen vorhandene prinziplose Auswahl der Fälle, sie gewährleistet die allgemeine prinzipielle Anwendbarkeit des § 62 und gestaltet das Strafgesetzbuch einfacher, indem sie einen unbestimmten Schärfungsgrund überflüssig macht und die vielen geschärften Strafrahmen des Vorentwurfs entbehren kann. Die besonderen Schärfungsgründe des besonderen Teils wären natürlich bei einer derartigen Regelung ebenso unentbehrlich wie bei den besonders schweren Fällen des Vorentwurfs.

---

[1]) Richtig: Hoegel (Seuff. Bl. 75, 2766); er hält die besonders schweren Fälle für entbehrlich. Ferner Reichardt (Bl. f. Gefängnisk. 44, 28); er hält eine grössere Ausdehnung der ordentlichen Strafrahmen für besser. Aehnlich Deutsche Tageszeitung (13. 11. 9) und Frankf. Zeitung (29. 10. 9). Auch Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 319) schlägt richtig vor, man solle das Höchstmass allgemein erhöhen, wenn die ordentlichen Strafrahmen nicht ausreichen.

[2]) Richtig Kantorowicz (M. Schr. Krim. Psych. 7, 319): Bei der Neigung der Richter zu leichten Strafen wäre eine Härte nicht zu befürchten.

4. Die besonderen Schärfungsgründe des besonderen Teils.

Bei der Strafmilderung erscheint eine möglichst allgemeine Regelung nicht bedenklich, da eine ungerechte Milderung höchstens dem Täter zugute kommt und im schlimmsten Fall eine Uebeltat nicht genügend gesühnt wird. Die besonderen Milderungsgründe sind deshalb mit Rücksicht auf die vielen Milderungsgründe insbesondere auf die besonders leichten Fälle und die mildernden Umstände nicht sehr zahlreich. Die Strafschärfung hingegen kann aus Humanitätsrücksichten nicht ebenso allgemein geregelt werden, insbesondere können keine allgemeinen unbestimmten Strafschärfungsgründe, die den mildernden Umständen und den besonders leichten Fällen entsprechen würden, geschaffen werden. Diese würden sehr oft grosse Härten in der Rechtssprechung verursachen. Da es aber analog den vielen Milderungsgründen eine ganze Reihe von Umständen gibt, die eine Schärfung unbedingt erfordern, so sahen sich die Schöpfer unseres Strafgesetzbuchs, ebenso wie die des Vorentwurfs, veranlasst, im besonderen Teil der Strafgesetzgebung den einzelnen Tatbeständen vielfach besondere Strafschärfungen anzufügen.

Die besonderen Schärfungsgründe — im Gesetz über 100, im Vorentwurf etwa 90 — sind ihrer äusseren Erscheinung nach, da sie sich fast immer aus der Eigenart der einzelnen Verbrechenstatbestände ergeben, sehr mannigfaltig, lassen sich aber, wenn man sie ihrer inneren Begründung nach betrachtet, ebenso wie die besonderen Strafmilderungsgründe, ihrem vom Gesetzgeber verfolgten Grundgedanken nach, in einige wenige Gruppen zusammenfassen.

Nicht selten ist es zweifelhaft, ob man einen Schärfungsgrund der einen oder anderen Gruppe zuweisen soll, denn oft veranlassen verschiedene Gründe zugleich die Schaffung der betreffenden Schärfung. Bei der Gruppierung kann immer nur der wichtigste für die Schärfung sprechende Grund berücksichtigt werden, da durch die Aufnahme einer Schärfung in mehrere Gruppen zahlreiche Wiederholungen unvermeidlich wären und die Uebersicht dadurch wesentlich beeinträchtigt würde. Ausserdem ist die Klassifikation oft noch deshalb schwierig, weil der Gesetzgeber häufig nur blosse Symptome des strafschärfenden Umstands anführt, die einen unzweifelhaften Rückschluss auf den ihm vorschwebenden eigentlichen Schärfungsgrund sehr erschwert. Trotzdem dürfte eine solche

Gruppierung der Schärfungsgründe das Gute für sich haben, dass das bunte Material durch die Verteilung in mehrere Gruppen übersichtlich dargestellt werden kann. Die Radbruchsche[1]) Dreiteilung der besonderen Strafänderungsgründe — 1. Gradation besonderer Tatbestandsmerkmale, 2. Gradation allgemeiner Tatbestandsmerkmale 3. Hinzutritt aussertatbestandlicher Rechtsgüter — umfasst zwar restlos sämtliche besonderen Strafschärfungsgründe in streng systematischer, der Konstruktion des Strafgesetzbuchs angepasster Gruppierung; sie eignet sich aber zu einer vergleichenden Uebersicht über die Schärfungsgründe viel weniger, da sie auf eine vorherige Sichtung des allzu heterogenen Materials keine Rücksicht nimmt und eine Darstellung nach dieser Einteilung deshalb sehr unübersichtlich werden müsste.

So will das Gesetz wie der Vorentwurf mit einer Reihe von Schärfungen denjenigen Täter strenge bestrafen, der durch seine Uebeltat einen verwerflichen und verabscheuungswürdigen Zweck verfolgt, denn durch das grössere subjektive Verschulden wird eine stärkere Sühnung der Gesetzesverletzung veranlasst[2]).

Hierher gehört die gewinnsüchtige Absicht. Das Gesetz verlangt, dass die Strafe ihrethalben geschärft werde bei Bruch amtlicher Verwahrung (§ 133), bei Abtreibung (§ 219), bei Kinderraub (§ 235), bei Begünstigung (§ 257), bei Untreue (§ 266), bei Urkundenfälschung (§ 268), bei mittelbarer Falschbeurkundung (§§ 272 und 273), endlich bei Falschbeurkundung, Urkundenfälschung usw. (§ 349). Der Vorentwurf hat die gewinnsüchtige Absicht der §§ 133, 219, 235, 268, 272, 273 und 349 in seinen §§ 140, 217, 235, 282, 285 und 303 übernommen, bei Begünstigung (§ 280) und bei Untreue (§ 277) hat der Vorentwurf die Schärfung weggelassen, da diese hier an sich nur in Verbindung von Geldstrafe mit der Freiheitsstrafe bestand, dort der nunmehr erweiterte ordentliche Strafrahmen schon ausreichend erscheint.

Ein der gewinnsüchtigen Absicht zum Teil ähnlicher Schärfungsgrund liegt dann vor, wenn die strafbaren Handlungen sich als fortgesetzte auf Erwerb gerichtete Tätigkeit qualifizieren, wenn Gewerbsmässigkeit anzunehmen ist. Die Gewerbsmässigkeit findet sich, ihrer ganzen Natur nach, vor allem bei den Vermögensdelikten und ist vom Gesetz vorgesehen bei Hehlerei (§ 260), unberechtigtem Jagen (§ 294) und Wucher (§ 302b).

---

[1]) Siehe „Vergleichende Darstellung A. III", 192 ff.

[2]) Siehe Uebersicht, S. 84 und 85, B. II, 1. bis 10.

Der Vorentwurf hat die genannten Fälle in den §§ 281, 295 und 302 übernommen, in konsequenter Weise die Gewerbsmässigkeit bei unberechtigtem Jagen auch auf unberechtigtes Fischen (§ 296) ausgedehnt und ausserdem neu vorgesehen bei Betrug (§ 276). Einem dringenden Bedürfnis wurde endlich vom Vorentwurf durch die Schärfungen wegen Gewerbsmässigkeit bei Förderung der Unzucht (§ 253 Frauenhandel) und bei widernatürlicher Unzucht (§ 250) Rechnung getragen. Die erfahrungsgemäss starke Kriminalität in diesen beiden Richtungen erfordert eine möglichst strenge Ahndung.

Unter den Gesichtspunkt des besonders verwerflichen Zwecks fällt auch die Absicht, einen schweren Erfolg herbeizuführen. Hierher gehört die Absicht bei Zweikampf, dass einer von beiden Teilen das Leben verlieren soll (§§ 202 und 206 StGB bzw. §§ 220, 221 und 223 VE), die Absicht, bei Körperverletzung einen schweren Erfolg herbeizuführen (§ 225 StGB, § 229 VE), endlich die Absicht, bei Brandstiftung eine Milderung oder Abänderung des schweren Erfolges zu verhindern (§ 307 Abs. 3 StGB, besonders schwere Fälle im Vorentwurf).

Ein besonders verwerflicher Beweggrund liegt nach dem Strafgesetzbuch auch dann vor, wenn jemand einen Totschlag begeht, um ein bei einer strafbaren Handlung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen (§ 214), ferner bei Kinderraub zu unsittlichen Zwecken (§ 235), bei Brandstiftung, in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen (§ 307) und bei Absicht der Schadenszufügung bei Urkundenfälschung (§ 268) und mittelbarer Urkundenfälschung (§ 273). Die genannten Schärfungsgründe weist fast alle auch der Vorentwurf auf (§ 214 VE, § 214 StGB, § 235 VE, § 235 StGB, § 282 VE, § 268 StGB, § 285 VE, § 273 StGB). Die Schärfung des § 307 StGB ist hingegen im Vorentwurf nur mehr unter den besonders schweren Fällen zu berücksichtigen. Dagegen hat der Vorentwurf den Kreis erweitert, indem er das Vereinsvergehen, das die Begehung und Förderung von Verbrechen bezweckt und bei Totschlag die Absicht, sich die Vorteile der Tat zu erhalten, unter schärfere Strafe stellt (§§ 136 und 214). Die Schärfung wegen beabsichtigter Gefährdung des Staatswohls hat ihr Vorbild in § 3 des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse.

Eine zweite grosse Gruppe[1]) von besonderen Strafschärfungsgründen lässt sich in der Hauptsache auf das Be-

[1]) Siehe Uebersicht, S. 85, B. II, 11. bis 17.

streben des Gesetzgebers zurückführen, immer dann empfindlich zu strafen, wenn sich der Täter gefährlicher oder verwerflicher Mittel, die schwere Folgen nach sich ziehen können, bedient oder wo das Delikt begangen wird unter Umständen, die eine besondere Gefahr mit sich bringen. Diese Fälle sind meistens derart, dass ein erhöhter strafrechtlicher Schutz notwendig ist, um dem bei einzelnen Delikten besonders naheliegenden Anreiz zur Begehung mit solchen Mitteln oder zur Ausnützung derartiger Umstände möglichst entschieden entgegenzutreten.

So hat das Gesetz eine schärfere Strafe wegen Anwendung von Gewalt und Tätlichkeiten oder Bedrohung mit solchen vorgesehen bei Aufruhr (§ 115 Abs. 2), bei Widerstand gegen Forstbeamte usw. (§ 117 Abs. 2), bei Meuterei (§ 122 Abs. 3), Beleidigung (§ 185) und Erpressung (§ 255). Der Vorentwurf schliesst sich dem an bei Aufruhr (§ 127) und bei Meuterei (§ 130). Bei Widerstand gegen Forstbeamte usw. ist die Schärfung hingegen weggefallen, da der Beamte hinreichend durch die Vorsehung einer Schärfung wegen schwerer Folgen geschützt scheint. Die Gewalttätigkeiten bei Erpressung können unter den besonders schweren Fällen berücksichtigt werden (§ 274), die Tätlichkeiten bei Beleidigungen sind weggefallen, da der ordentliche Strafrahmen hier nach oben erweitert wurde und auch besonders schwere Fälle vorgesehen sind. Das Gesetz bestimmt Schärfung auch wegen Bedrohung mit Verbrechen oder Vergehen bei Erpressung (§§ 250 und 254), während der Vorentwurf sich wiederum mit den schweren Fällen begnügt; hierher gehören ferner die Beleidigungen (§ 186) und Verleumdungen (§ 187), soweit sie öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen begangen werden, denn die Beleidigungen und Verleumdungen weisen dann eine verwerflichere Erscheinungsform auf und schädigen die Ehre des Angegriffenen in den Augen eines viel grösseren Kreises. Ferner gehören hierher: das Leben gefährdende Behandlung (StGB § 223a und VE § 228) und hinterlistiger Ueberfall (StGB § 223a) bei Körperverletzung, Einbruch, Einsteigen, Erbrechen, Einschleichen, Verborgenhalten usw., bei Diebstahl (StGB § 243 Abs. 2 und 7, VE § 270) und Raub (StGB § 250, besonders schwere Fälle im Vorentwurf), Verwendung besonderer Vorrichtungen zum Wildern (StGB § 293, VE § 295), Fälschung bei Amtsunterschlagung (StGB § 351, VE § 209 Abs. 2), Einverständnis mit der Gegenpartei bei Prävarikation (StGB § 356, im VE weggefallen) und hinterlistige Kunstgriffe bei Kuppelei (StGB § 181, VE § 253).

Zu den Umständen, unter denen ein Delikt eine besondere Gefahr mit sich bringt, gehört in erster Linie die Begehung in Gemeinschaft mit anderen. Die gemeinschaftliche Begehung eines Delikts ist ein bedeutend schwererer Rechtsbruch, da in ihr eine viel stärkere Missachtung der staatlichen Rechtsordnung zum Ausbruch kommt. Auch erscheint hier ein stärkerer strafrechtlicher Schutz angebracht, da gegen die zur gemeinschaftlichen Begehung aufgebotene grössere Macht die Abwehr viel schwieriger ist und infolgedessen der verbrecherische Erfolg viel wahrscheinlicher und schwerer ist. Das Gesetz hat die gemeinschaftliche Begehung berücksichtigt bei Widerstand (§ 119), Hausfriedensbruch (§ 123), Körperverletzung (§ 223a), unberechtigtem Jagen (§ 293), Diebstahl (§ 243) und Raub (§ 250). Der Vorentwurf hat sie nur mehr bei Diebstahl (§ 270 Abs. 6) aufgenommen. Bei unberechtigtem Jagen (§ 295) und bei Raub (§ 274) kann die gemeinschaftliche Begehung eventuell mit den besonders schweren Fällen berücksichtigt werden. Die Begehung mit Waffen verlangt eine schärfere Strafe, sei es, dass die Verwendung dieses gefährlichen Mittels bei der Tat (Körperverletzung StGB § 223a) oder die Bedrohung mit Waffen (Widerstand StGB § 117) oder auch nur das Versehensein mit einer Waffe bei der Tat (Hausfriedensbruch § 123 StGB, Diebstahl § 243, Raub § 250) eine schwere Gefährdung mit sich bringt. Auch diesen Schärfungsgrund hat der Vorentwurf nur mehr bei Körperverletzung (§ 228) und bei Diebstahl (§ 270) aufgestellt, bei Raub durch die besonders schweren Fälle ersetzt, bei Widerstand und Hausfriedensbruch aber weggelassen. Endlich ist unter diese Gruppe zu rechnen die Schärfung bei Zweikampf ohne Sekundanten (StGB § 208, VE § 220 Abs. 2 und § 221 Abs. 1), da der Zweikampf durch den Wegfall der Sekundanten die Formen eines sehr gefährlichen, willkürlichen und regellosen Mittels zum Ausgleich von Streitigkeiten annimmt.

Mit einer weiteren Gruppe[1]) von Schärfungsgründen will der Gesetzgeber gewissen Verhältnissen, Personen, Sachen, Zeiten und Oertlichkeiten einen erhöhten Schutz verleihen. Der Grund hiefür ist darin zu suchen, dass in den fraglichen Fällen ein naturgemäss erhöhter Anreiz und günstige Gelegenheit zum Delikt vorhanden sind oder dass die Delikte besonders schädlich wirken oder dass die betreffenden Fälle wegen des lebhaften Interesses des einzelnen und der Allgemeinheit an der

[1]) Siehe Uebersicht, S. 85, B. II, 18. bis 21.

Unversehrtheit der geschützten Güter einen erhöhten Schutz durch Strafe verlangen.

Hierher gehören die Schärfungen wegen Verwandtschaft und Ehe. Mit dem Familienverband und der Ehe sind hohe sittliche Werte und bedeutende moralische Verpflichtungen verknüpft, weshalb Familie und Ehe nicht zu verbrecherischen Zwecken missbraucht und dadurch entwürdigt und zerrüttet werden sollen. Das Gesetz sieht daher diesen Schärfungsgrund vor bei Kuppelei (§ 181), Zuhälterei (§ 181a), Totschlag (§ 215), Aussetzung (§ 221) und Körperverletzung (§ 223). Der Vorentwurf kennt sie nur bei Kuppelei (§ 252), bei Zuhälterei kann sie noch unter den schweren Fällen berücksichtigt werden, in den übrigen Fällen ist sie weggefallen, da schon die ordentlichen Strafrahmen eine empfindliche Bestrafung ermöglichen.

Autoritätsverhältnisse, Amtseigenschaft und amtsähnliche Eigenschaft des Täters oder das dem Täter entgegengebrachte besondere Vertrauen rechtfertigen eine höhere Strafe. Es muss als eine besonders gemeine verabscheuungswürdige Handlungsweise gekennzeichnet werden, wenn das Vertrauen oder besondere Befugnisse, die immer einen besonders gewissenhaften Inhaber voraussetzen, verbrecherisch missbraucht werden. Auch ist in dieser Richtung erhöhter strafrechtlicher Schutz nötig. Das Gesetz hat deshalb die Strafe geschärft bei Wahlfälschung (§ 108 Abs. 1), fahrlässiger Tötung (§ 222), Unterschlagung (§ 246), fahrlässiger Körperverletzung (§ 230 Abs. 2). Der Vorentwurf will die Schärfung ausser den bereits im Gesetz vorgesehenen Fällen (VE §§ 120, 219, 271, 232) auch bei Gefangenenbefreiung (§ 129[1]) und bei widernatürlicher Unzucht (§ 250). In § 210 endlich hat der Vorentwurf ganz allgemein für sämtliche vorsätzliche Vergehen und Verbrechen mit Ausnahme der reinen Amtsdelikte die Strafe verschärft, um die Amtseigenschaft vor unwürdigem Missbrauch durch irgendeine unwürdige Handlung zu bewahren. Dieser Zweck wird durch die nahezu allgemeine Strafschärfung des § 210 VE viel sicherer und gleichmässiger erreicht als durch die willkürliche Auswahl einiger Tatbestände und ihre Gleichstellung mit den reinen Amtsdelikten, wie es das Gesetz in ungenügender prinziploser Weise tut.

Gewisse Sachen und Oertlichkeiten, die dem Gebrauch oder dem Genuss der Allgemeinheit dienen müssen, verlangen einen

---

[1]) Dieser Fall ist im Gesetz bei den Verbrechen im Amt vorgesehen (§ 347 StGB).

erhöhten Rechtsschutz gegen alle strafbaren Eingriffe, da sie einerseits Verletzungen wegen der günstigen Gelegenheit viel mehr ausgesetzt sind, anderseits ihre besondere Sicherheit im allgemeinen Interesse liegt. Das Gesetz hat daher höhere Bestrafung vorgesehen bei Diebstahl in Kirchen (§ 243 Abs. 1), bei Diebstahl und Raub auf öffentlichen Wegen, in der Eisenbahn, in einem dem Verkehr dienenden Gebäude, in einem bewohnten Gebäude oder umgrenzten Raum usw. (§§ 243 und 250), bei unberechtigtem Jagen in Wäldern (§ 293). Der Vorentwurf hat diese Bestimmungen bei Diebstahl übernommen (§ 270), bei Raub aber nur besonders schwere Fälle vorgesehen, ebenso wie bei unberechtigtem Jagen und Wildern.

Zu den vom Gesetz besonders gegen Diebstahl geschützten Sachen gehören die kirchlichen Geräte, zu den gegen Beschädigung und Zerstörung geschützten gehören wiederum kirchliche Geräte, öffentlich ausgestellte Gegenstände, Grabmäler, Denkmäler, zur Verschönerung oder zum allgemeinen Nutzen bestimmte Gegenstände usw. (§§ 243 und 304). Der Vorentwurf hat die genannten Schärfungen übernommen und ausserdem ausgestellte Gegenstände auch gegen Diebstahl besser geschützt, was wegen der häufigen Diebstähle in Ausstellungen und Museen sehr angebracht erscheint (§§ 270 und 290).

Auch gewisse Zeiten erfordern Strafschärfung wegen der besonders günstigen Gelegenheit, der grösseren Unsicherheit, oder weil ein grösserer Schaden zu erwarten ist. Daher Schärfung bei Diebstahl und Raub zur Nachtzeit (§§ 243 und 250 StGB, § 270 VE), bei unberechtigtem Jagen während der Schonzeit (§ 293 StGB, besonders schwere Fälle VE). Neu ist die Schärfung des Vorentwurfs bei Verleitung zur Fahnenflucht in Kriegszeiten (§ 150).

Eine weitere Gruppe[1]) von Schärfungen ergibt sich daraus, dass in manchen Fällen ein besonders schweres subjektives Verschulden vorliegt. In diesen Fällen wäre ein Delikt voraussichtlich gar nicht begangen worden, wenn nicht der Täter besonders hartnäckig darauf hingearbeitet hätte. Hierher gehört die Bestimmung des Gesetzes, dass der Rädelsführer bei Aufruhr (§ 115) und Landfriedensbruch (§ 125) strenger bestraft wird. Der Vorentwurf sieht die gleiche Schärfung vor in den §§ 127 und 133. Das besonders schwere subjektive Verschulden veranlasst den Vorentwurf zur Schärfung auch bei Tötung im Zweikampf (§ 221 Abs. 2) und bei Herausforderung

[1]) Siehe Uebersicht, S. 85 und 86, B. II, 22. bis 25.

zum Zweikampf (§ 223 Abs. 2), falls die Herausforderung eine freventliche war.

Einige besondere Schärfungsgründe des Gesetzes, der Rückfall, die Gewohnheitsmässigkeit und Gewerbsmässigkeit sind im Vorentwurf allgemeine Schärfungsgründe geworden. Der Rückfall (StGB: Diebstahl § 244, Raub § 250, Betrug § 264, Hehlerei § 261) ist im Vorentwurf ganz aus dem besonderen Teil verschwunden. Die besonderen Schärfungen des Gesetzes wegen Gewohnheit (Hehlerei § 260, Kreditwucher § 302d) sind vom Vorentwurf in § 281 (§ 260 StGB) und § 302 (§ 302d StGB) übernommen worden. Neu eingeführt ist die Schärfung wegen Gewohnheitsmässigkeit bei Diebstahl (§ 270) und bei Betrug (§ 276), denn das Gesetz muss die Gesellschaft gegen die besonders gefährlichen gewohnheitsmässigen Diebe und Betrüger besser schützen. Neu ist endlich die Verschärfung bei gewohnheitsmässiger Jagd (§ 295) und Fischwilderei (§ 296).

Man könnte annehmen, dass die besonderen Strafschärfungen wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit im Strafgesetzbuch durch die Einführung einer allgemeinen Strafschärfung wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit (§ 89 VE) im Vorentwurf ebenso überflüssig würden wie die besonderen Rückfallschärfungen durch die neue allgemeine Rückfallschärfung. Mit der allgemeinen Schärfung des § 89 will aber der Vorentwurf nicht die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigen im eigentlichen Sinne, sondern die unverbesserlichen Gemeingefährlichen treffen, woraus hervorgeht, dass die besonderen Schärfungen wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit im Vorentwurf nicht entbehrt werden können.

Bei sehr vielen Delikten hat das Gesetz Schärfungen vorgesehen für den Fall, dass ein schwerer Erfolg eintritt[1]). Der Gesetzgeber hat hier meist nur den objektiven schweren, nicht direkt beabsichtigten Erfolg im Auge, und nimmt hierbei im einzelnen keine Rücksicht hierauf, ob culpa oder casus vorliegt.

Diese Schärfung ist vorgesehen: bei Widerstand (§ 118), Meineid (§ 154), Notzucht (§ 178), Abtreibung (§ 220), Aussetzung (§ 221), Körperverletzung (§ 224), Vergiftung (§ 229), Freiheitsberaubung (§ 239), Raub (§ 251), Brandstiftung (§§ 307 und 309), Ueberschwemmung (§§ 312 und 314), Transportgefährdung (§§ 315 und 316), Beseitigung von Wasserleitungen usw. und Sicherheitsvorrichtungen in lebensgefährlichen Betrieben (§ 321), Beseitigung von Schiffahrtszeichen

---

[1]) Siehe Uebersicht, S. 86, B. II, 27.

(§ 322), Schiffsstrandung (§ 323), Brunnenvergiftung (§§ 324 und 326), Verletzung von Schutzmassregeln gegen Verbreitung von menschlichen Krankheiten und von Viehseuchen (§§ 327 und 328), Körperverletzung in Ausübung eines Amts (§ 340). Von diesen Schärfen wegen schwerer Folgen hat der Vorentwurf nur einen kleinen Teil übernommen, nämlich die §§ 126 (118), 217 (220), 218 (221), 226 (210[1]), 229 (224), 230 (226), 245 (178), 274 (251). Neu ist die Schärfung bei Aufruhr (§ 127), die in Anlehnung an § 126 VE geschaffen ist. Die bedeutende Verringerung der Schärfungen wegen schwerer Folgen ist hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass im Vorentwurf sehr häufig die Strafe wegen besonders schwerer Fälle geschärft werden kann.

§ 62 VE bestimmt, dass der nichtgewollte Erfolg nur dann dem Täter angerechnet werden darf, wenn dieser die Möglichkeit eines solchen Erfolgs voraussehen konnte. Dadurch will der Gesetzgeber erreichen, dass der Täter nicht mehr, wie nach geltendem Recht, in ganz unbilliger Weise wegen rein zufälligen schweren Erfolgs eine schärfere Strafe erleiden muss. Es soll mindestens Fahrlässigkeit in bezug auf den nichtgewollten Erfolg vorliegen müssen, wenn dieser dem Täter angerechnet werden soll. Durch § 62 VE wird der Geltungsbereich der besonderen Schärfungsgründe wegen schweren Erfolgs im Sinne der reinen Schuldstrafe wesentlich eingeschränkt.

In keine der genannten Gruppen lässt sich die Schärfung wegen langer Dauer der Freiheitsentziehung einreihen (StGB § 239[2]). Ihre Ersetzung durch die besonders schweren Fälle im VE (§ 239) ist zu begrüssen, da sie nur einer von den vielen Umständen ist, die bei Freiheitsentziehung Strafschärfung rechtfertigen können.

---

[1]) Im StGB (§ 210) wirkt die erfolgreiche Anreizung zum Zweikampf erst strafbegründend, nicht strafschärfend.

[2]) Siehe Uebersicht, S. 86, B. II, 26.

Dritter Hauptteil.

Ergebnis des Vergleichs.

Wie sich aus obigem ergibt, weicht der Vorentwurf in Strafmilderung und Strafschärfung vom geltenden Recht sehr stark ab. Der allgemeine Strafmilderungsgrund, die Jugend, ist umgestaltet worden. Vier weitere, nämlich Rechtsirrtum, geminderte Zurechnungsfähigkeit, Ueberschreitung der Notwehr, sowie die besonders leichten Fälle, sind neu geschaffen worden. Die mildernden Umstände erscheinen jetzt in bestimmter Gestalt, ihr Geltungsbereich ist etwas erweitert worden. Endlich sind mit Rücksicht auf die genannten Verschiebungen besondere Milderungsgründe weggefallen, wie hinzugekommen. Im Gegensatz zum geltenden Recht kennt der Vorentwurf auch allgemeine Schärfungsgründe, nämlich Gewinnsucht, Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, ehrlose Gesinnung und Schärfung des Vollzugs wegen Bosheit, Roheit oder Verworfenheit der Tat und Aussichtslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs. Die besonders schweren Fälle sind ebenfalls neu. Endlich wurde auch unter den Schärfungen des besonderen Teils sehr viel geändert.

Die Art der Strafschärfung ist verändert nur insoweit es die Neuerungen im Strafrechtssystem erfordern. So ist im einzelnen manches umgestaltet, weil die Festungshaft wegfällt und an deren Stelle die Haftstrafe einen weiteren Raum einnimmt. Die Geldstrafe wird als schärfende Nebenstrafe viel häufiger verwendet als im Gesetz. Der Verweis ist jetzt nicht mehr auf die Jugendlichen beschränkt und wird deshalb sehr häufig verhängt werden. Vollständig neu ist nur, dass der Vollzug der Gefängnis- und der Zuchthausstrafe verschärft werden kann, wobei die Art der Strafe nicht gewechselt wird. Gleich den ordentlichen sind auch die ausserordentlichen Strafrahmen fast alle nach unten oder oben erweitert worden.

Das Gebiet der Strafänderung ist kein geschlossenes. Milderung und Schärfung sind durch das ganze Strafrecht auf Gebiete verstreut, die oft einander ganz fremd sind. Man könnte daher annehmen, dass es schwer sei, durch sie

allgemeine rechtliche Grundgedanken zum Ausdruck zu bringen, und dass die Strafänderung nur dazu berufen sei, den Bedürfnissen des Einzelfalles gerecht zu werden. Für das geltende Recht mag dies bis zu einem gewissen Grade richtig sein. Hier ist ja auch die Strafänderung noch weniger weit entwickelt, sie soll hier in der Hauptsache nur den unabweislichen Bedürfnissen des einzelnen Falles durch ihre Bestimmungen im besonderen Teil entsprechen. Anders im Vorentwurf. Ein gutes Stück der Strafänderung ist in den allgemeinen Teil herübergenommen, sie ist weiter entwickelt und den anerkannten Bestrebungen der modernen Strafrechtswissenschaften dienstbar gemacht worden. In ihr verkörpern sich zwar nicht ausschliesslich, aber zum grossen Teil die im Vorentwurf gebrachten modernen Rechtsanschauungen. Dazu eignet sich Milderung und Schärfung im Gegensatz zu den einzelnen Deliktstatbeständen, die längst zu einem gewissen Beharrungszustand gelangt sind und deshalb nur schwer neue Gedanken in sich aufnehmen können, ganz besonders.

Die Aufgaben der Strafänderung im Vorentwurf sind sehr vielseitig. Zunächst sollen durch sie bedenkliche Lücken und Willkürlichkeiten unseres Strafgesetzbuchs beseitigt werden. Hieraus erklärt sich, dass nunmehr, wie längst die Jugendlichen, auch andere Kategorien wegen geringer strafrechtlicher Verantwortlichkeit und geringeren oder stärkeren Verschuldens gebührend berücksichtigt werden, wie z. B. die gemindert Zurechnungsfähigen, die Rückfälligen, die gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrecher. Darauf lässt sich auch die Milderung der Strafe bei den im Rechtsirrtum handelnden Personen und bei denen, die die Grenzen der Notwehr überschritten haben, zurückführen. Auch durch manchen neuen Aenderungsgrund des besonderen Teils wird einem empfindlichen Mangel abgeholfen.

Das subjektive Verschulden wird im geltenden Recht oft zu wenig beachtet. Gerade auf diesem Gebiet versagt unser Gesetz bisweilen so gründlich, dass sich hieraus nicht selten eine unserem Rechtsempfinden zuwiderlaufende ungleichmässige Rechtssprechung ergibt. Vielfach wird sogar ohne jegliche Rücksicht auf das subjektive Verschulden die Strafe durch die objektive Schwere des Erfolgs bestimmt. Anders der Vorentwurf. Hier ist die Strafe grundsätzlich dem subjektiven Verschulden des Täters angepasst, soweit nicht aus besonderen Gründen eine Ausnahme gemacht werden muss. Gerade dieser Grundsatz spielt bei der Mehrzahl der Strafmilderungen und -Schärfungen im Vorentwurf eine bedeutende Rolle. Da die

Schuld durch besondere Tatbestände, sowie durch den Spielraum innerhalb der ordentlichen Strafrahmen oft nicht ausreichend berücksichtigt werden kann, strebt der Gesetzgeber dieses Ziel mit der Strafänderung an. Die dem Verschulden entsprechende Bestrafung wird erreicht zunächst durch besondere Kategorien, wie die Jugendlichen, gemindert Zurechnungsfähigen, die rückfälligen Verbrecher usw., durch Schärfungen wegen Gewinnsucht, ehrloser Gesinnung, soweit diese nicht aus einem erhöhten Schutzbedürfnis oder einer gebührenden Berücksichtigung des Erfolgs entspringen. Der Richter muss aber, da das Gesetz unmöglich alles einzelne ausdrücklich berücksichtigen kann, alle erdenklichen Fälle und somit auch die feinsten Abstufungen in der Schuld nach freiem Ermessen behandeln können. Es werden deshalb ausser den unbestimmten mildernden Umständen noch die weitgehende Milderung der besonders leichten Fälle und die unbestimmte Schärfung der besonders schweren Fälle geschaffen. Um also unter allen Umständen eine der Schuld streng angepasste Bestrafung zu ermöglichen, hat der Vorentwurf mit Recht durch eine Reihe neuer Aenderungsgründe die Bewegungsfreiheit des Richters innerhalb des Gesetzes bedeutend erweitert und ist mit den besonders leichten Fällen zur weitestgehenden Richterfreiheit übergegangen. Auch durch die grossen ordentlichen Strafrahmen, besonders aber die weiten ausserordentlichen Strafrahmen der Aenderungsgründe, dient der Vorentwurf dem gleichen Zweck. Der Gesetzgeber gibt mit den neuen Strafänderungsgründen im Verein mit den bereits vorhandenen dem Richter ein Mittel an die Hand, das bei gewissenhafter Verwendung nur segensreich wirken kann. Diesem kann ein zweites, gleich wirksames nicht an die Seite gestellt werden. Es sollen die in ihrer Starrheit oft ungerechten Strafgesetze den vielfachen und wechselvollen Bedürfnissen der praktischen Rechtspflege in verständnisvoller Weise angepasst werden und die bei roher Anwendung der Rechtssätze unvermeidlichen groben Ungerechtigkeiten und Zweckwidrigkeiten vermieden werden. Den Vorwurf, dass unser Strafgesetz weltfremd und rückständig sei, will man hierdurch hinfällig machen. Die Verfasser des Vorentwurfs hoffen, dass der Richter infolge der durch die Strafänderung geschaffenen grösseren Vielseitigkeit und Schmiegsamkeit des Gesetzes seine Strafen viel besser dem Einzelfall anpassen könne. Sie streben auf diesem Wege eine individuellere, wirksamere, das allgemeine Rechtsempfinden besser befriedigende Rechtspflege an.

Die Strafänderung im Vorentwurf wird auch sehr stark durch die erst in neuester Zeit mehr gepflegten strafrechtlichen Hilfswissenschaften, wie Kriminalpsychologie, Psychopathologie, Kriminalstatistik, Gefängniskunde usw., beeinflusst. Die hierin gemachten Erfahrungen sind insbesondere massgebend bei geminderter Zurechnungsfähigkeit, bei Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, bei Verschärfung des Strafvollzugs wegen besonderer Roheit, Bosheit und Verworfenheit der Tat und Aussichtslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs, sowie endlich bei den Sondervorschriften über die Strafvollstreckung bei Jugend, geminderter Zurechnungsfähigkeit, Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit. Die von manchen, hauptsächlich auf Grund der Ergebnisse dieser Hilfswissenschaften an Stelle der Vergeltungsstrafe geforderte Zweckstrafe ist vom Vorentwurf nicht angenommen worden. Immerhin zeigt uns die Strafänderung, dass sich der Gesetzgeber bemüht, soweit es mit dem auch vom Vorentwurf grundsätzlich vertretenen Vergeltungsgedanken vereinbar ist, die Strafen und deren Vollstreckung nach Möglichkeit dem Täter anzupassen und durch sie auch solchen Aufgaben gerecht zu werden, die der Strafe neben der Vergeltung noch zukommen. Alle ihre Nachteile sollen vermieden werden, da, wo sie zwecklos oder schädlich ist, soll sie durch andere Massnahmen ersetzt werden oder wenigstens in besonderer, den Verhältnissen angepasster Weise vollstreckt werden. Die Strafe soll tunlichst auf die Täter vorteilhaft einwirken und sie vor allem dauernd bessern.

Rein äusserlich betrachtet, macht die Erweiterung der Strafänderung das Gesetz einheitlicher und übersichtlicher. Einige besondere Aenderungsgründe sind wegen ihrer allgemeinen Bedeutung aus dem allgemeinen in den besonderen Teil herübergenommen, andere sind durch neue allgemeine Aenderungsgründe überflüssig geworden. Dadurch werden die einzelnen Tatbestände vielfach kürzer und präziser gestaltet, der besondere Teil wird wesentlich entlastet und verkürzt, obwohl der Vorentwurf mehrere neue Milderungs- und Schärfungsgründe vorsieht.

Das Ergebnis unseres Vergleiches können wir, wie folgt, zusammenfassen: Strafmilderung und Strafschärfung im Vorentwurf sind gegenüber der Milderung und Schärfung im geltenden Recht zu einer umfangreichen, sorgfältig durchgebildeten Einrichtung geworden, die in erster Linie berufen ist, die neuen, dem gegenwärtigen Rechtsempfinden entsprungenen Leitsätze unserem Strafgesetzbuch anzugliedern. Fast alle auf dem Gebiet

der Straf änderung gebrachten Neuerungen sind nicht nur zu billigen, sondern wegen der in ihnen unserem künftigen Strafgesetzbuch zugeführten Gedanken, die meist einem lebhaft praktischen Bedürfnis entsprechen, sehr zu begrüssen. Grundsätzliche Veränderungen werden sich, abgesehen von einigen geringfügigen Abweichungen in Strafmass und Fassung, nicht als notwendig erweisen. Es ist daher zu erwarten, dass der gegenwärtig im Entstehen begriffene zweite Vorentwurf, mag er im übrigen noch so viele Aenderungen bringen, auf dem Gebiet der Straf änderung die Vorschläge des ersten Vorentwurfs im ganzen beibehalten wird.

Uebersicht.

A. Strafmilderung.

I. Allgemeine Strafmilderungsgründe.

1. Strafrechtsirrtum	VE § 61 Abs. 2 (neu). StGB . . . .
2. Verminderte Zurechnungsfähigkeit	VE §§ 63 Abs. 2 u. 3, 65. StGB . . . . .
3. Ueberschreitung der Notwehr	VE § 66 Abs. 2. StGB . . .
4. Jugend	VE §§ 68, 69, 70. StGB „ 57, . ., . .
5. Besonders leichte Fälle	VE § 83. StGB §§ 57 Abs. 4, 90, 94, 96 (bes. Milderungsgründe).

II. Besondere Strafmilderungsgründe.

1. Mildernde Umstände — VE § 82 (Definition). StGB . . .

Die M. U. können zugebilligt werden:

Im VE §§ 101, 102, 104, 105, 106, 108, 110, 113, 115, 116, 118, 126, 127, 130, 132, 133, 159, 160, 165, 167, 168, 171, 179, 183, 184, 186, 189, 197, 198, 201, 202, 203, 209, 212, 213, 216, 217, 228, 229, 230, 235, 236, 243, 244, 246, 247, 250, 252, 253, 270, 274, 276, 281, 282, 284, 285, 287, 288.

Im StGB §§ 81, 83—92, 94, 96, 98, 100, 102, 105, 106, 113, 114, 115, 117, 118, 125, 146, 171, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 187, 189, 213, 217, 218, 223, 224, 226, 227, 239, 243, 244, 246, 249, 250, 258, 261, 263, 264, 265, 268, 272, 273, 308, 332, 333, 340, 346, 347, 351.

2. Die übrigen besonderen Milderungsgründe.

a) Besonders leichte und minder schwere Fälle	VE . . . . (allg. Milderungsgr. der besond. leichten Fälle) § 83. StGB §§ 57 Abs. 4, 90, 94, 96.
b) Provokation b. Totschlag	VE . . . . StGB § 213.

c) Tötung auf Verlangen { VE § 215. / StGB „ 216.

d) Notstands- ähnliche Lage { VE §§ 160[2], 161[2], . . ., 216, . . ., 272, 302[3], 304[2]. / StGB „ 148, . . ., 157, 217, 313, 370[5], . . ., . . .

e) Wechselseitige Körperverletzung und Beleidigung { VE . . . / StGB § 233.

f) Geringe objektive Schwere der Tat u. geringe Folgen { VE §§ 130[2], 133[3], 189. / StGB . . ., . . ., . . .

g) Zweikampf mit Vorkehrungen gegen Lebensgefahr { VE § 224. / StGB . . .

B. Strafschärfung.

I. Allgemeine Strafschärfungsgründe.

1. Schärfung der Zuchthaus- u. Gefängnisstrafe wegen besonderer Roheit, Bosheit, Verworfenheit od. Aussichtslosigkeit des gewöhnlichen Strafvollzugs { VE § 18. / StGB . .

2. Gewinnsucht { VE § 36. / StGB . .

3. Ehrlose Gesinnung { VE § 45. / StGB . .

4. Besonders schwere Fälle { VE § 84. / StGB . .

5. Rückfall { VE § 87, 88. / StGB §§ . ., . ., 244, 250, 261, 264 / besondere Schärfungsgründe.

6. Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit { VE § 89. / StGB . .

II. Besondere Strafschärfungsgründe.

1. Gewinnsüchtige Absicht { VE §§ 140, . . ., 217, 235, . . ., . . ., 282, 285, . . ., 203. / StGB „ 133, 169, 219, 235, 257, 266, 268, 272, 273, 349.

2. Gewerbsmässigkeit { VE §§ 250, 270, 276, 281, 295, 296, 302[3]. / StGB „ . . ., . . ., . . ., 260, 294, . . ., 302d.

3. Absicht, einen schweren Erfolg herbeizuführen { VE §§ 180, 220[2], 221, 223, 229, . . . / StGB „ . . ., . . ., 206, 202, 225, 307[3].

4. Totschlag, um ein entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, oder um sich der Ergreifung zu entziehen { VE § 214. / StGB „ 214.

5.	Kinderraub zu unsittlichen Zwecken	VE § 235. StGB „ 235.
6.	Absicht, ein Verbrechen zu begehen	VE § . . . StGB „ 307.
7.	Absicht, Schaden zuzufügen	VE §§ 282, 285. StGB „ 268, 273.
8.	Absicht der Begehung und Förderung von Verbrechen	VE § 316. StGB „ . . .
9.	Absicht, sich die Vorteile der Tat zu erhalten	VE § 214. StGB „ . . .
10.	Absicht, das Staatswohl zu gefährden	VE § 110. StGB „ . . . RG 3/7. 1893 § 3.
11.	Anwendung von Gewalt u. Tätlichkeiten oder Bedrohung mit solchen	VE §§ 127, . . ., 130, . . ., . . . StGB „ 115[2], 117[2], 122[3], 185, 255.
12.	Bedrohung mit Verbrechen oder Vergehen	VE §§ . . ., . . . StGB „ 250, 254.
13.	Oeffentlichkeit u. Verbreitung durch Schriften usw.	VE §§ . . ., . . . StGB „ 186, 187.
14.	Sonstige verwerfliche Arten der Begehung	VE §§ 228, 270[4], . . ., 295, 209[2], . . ., 253. StGB „ 223a, 243[2] u. [7], 250, 293, 351, 356, 181.
15.	Gemeinschaftliche Begehung	VE §§ . . ., . . ., . . ., . . ., 270[6], . . . StGB „ 119, 123, 223a, 293, 243, 250.
16.	Begehung mit Waffen	VE §§ . . ., . . , 228, 270, . . . StGB „ 117, 123, 223a, 243, 250.
17.	Zweikampf ohne Sekundanten	VE §§ 220[2], 221[1]. StGB § 208.
18.	Verwandtschaft und Ehe	VE § 252, . . ., . . ., . . ., . . . StGB §§ 181, 181a, 215, 221, 223.
19.	Autoritätsverhältnis und Amtseigenschaft	VE §§ 120, 129, 219, 232, 271, 250, 210 StGB „ 108, (347), 222, 230[2], 246, . . ., . . . (Schärfung weg. sämtl. Verbr. u. vors. Verg. m. Ausnahme d. Amtsdelikte).
20.	Erhöhter Schutz bestimmter Sachen und Orte	VE §§ 270, . . ., . . ., 290. StGB „ 243, 250, 293, 304.
21.	Erhöhter Schutz gewisser Zeiten	VE §§ 150, 270, . . ., . . . StGB „ . . ., 243, 250, 293.
22.	Rädelsführer	VE §§ 127, 133. StGB „ 115[2], 125[2].
23.	Freventl. Herausforderung bei Zweikampf	VE §§ 221[2], 223[2]. StGB „ . . ., . . .
24.	Rückfall	VE §§ . . ., . . ., . . ., . . . StGB „ 244, 250, 261, 264.

25. Gewohnheitsmässigkeit { VE §§ 270, 276, 281, 295, 296, 302. / StGB „ . . ., . . ., 260, . . ., . . ., 302d.

26. Lange Dauer der Freiheitsentziehung { VE § . . . / StGB „ 239.

27. Schwerer Erfolg { VE §§ 126, 127, . . ., . . ., 217, 218, 226, / StGB „ 118, . . ., 154, 178, 220, 221, (210), { VE §§ 229, 230, 245, 274, . . ., . . ., . . ., . . ., . . ., . . ., / StGB „ 224, 226, 178, 251, 229, 239, 307, 309, 312—316, { VE §§ . . ., . . ., . . ., . . ., . . . / StGB „ 321–324, 326–328, 340.